西方法哲学文库

法律的成长
法律科学的悖论

[美] 本杰明·N·卡多佐/著
董炯 彭冰/译

中国法制出版社

VISIT…

LANZAROTE Caliente.com

责任编辑/陈学军
封面设计/禾　野

ISBN 7-80182-023-1
9 787801 820235 >
ISBN7-80182-023-1/D·989　定价：13.00元

西方法哲学文库

法律的成长
法律科学的悖论

[美] 本杰明·N·卡多佐/著
董炯 彭冰/译

中国法制出版社

责任编辑：陈学军

图书在版编目（CIP）数据

法律的成长　法律科学的悖论/本杰明·N·卡多佐著，董炯　彭冰译 .—北京：中国法制出版社，2002.10

ISBN 7-80182-023-1

Ⅰ.法… Ⅱ.①卡…②董…③彭… Ⅲ.法律—成长 Ⅳ.D923.415

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2002）第 079289 号

西方法哲学文库

法律的成长

法律科学的悖论

FALU DE CHENGZHANG

FALU KEXUE DE BEILUN

（美）本杰明·N·卡多佐/著

董炯　彭冰/译

经销/新华书店
印刷/北京市朝阳区科普印刷厂
开本/850×1168 毫米 32　　印张/6.375　字数/126 千
版次/2002 年 10 月第 1 版　　2002 年 10 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版
书号 ISBN7-80182-023-1/D·989
（北京西单横二条 2 号　邮政编码 100031）　　定价：13.00 元

（发现印装问题请与本社发行部联系　　电话：66062752）
（发现内容误差请与本社编辑部联系　　电请：66032924）

西方法哲学文库

总　序

国人移译西方律典，绍介西方法学，始自清末变法改制。初为不得已，意在窥探富强之术，佐治更张。继则揣索法理，求体用之变，将治式与治道通盘换过。再则于折冲衡平中，辨事实与规则的互动，究法意与人心的嬗变，努力将人世生活善予安顿。而凡此百年由东徂西，积劳积慧，既为华夏民族重构人世规则与人间秩序的悲壮奋斗接引学思，终亦必涓滴汇流，于人文类型的交融呼应中，为全体人类理想而惬意的人世生活之砥砺成型，尽吾华夏民族的法理之思。

“西方法哲学文库”接续前贤，择晚近已有定评的西人法理名篇，译为中文，汇为系列。凡传统所谓法理学法哲学之论述，不分大陆英美，体裁题材，尽在搜罗之列。法学同仁，白手起家，同心戮力，奉献予兹，裨丰富汉语法意，增益法制类型间的了解与通融。设若法律不仅是一种规则体系，同时并为一种意义体系，则文库编事，当在藉法意而通法制，探寻规则背后的意义，人生深处的人心；设若晚近人类历史赫然昭示吾人者，不仅在法律为天下之公器，更在为民族之自然言说，其间必有需予调和周济者，则文库之编事，在求会通，当为此奉献一份祥和。此既为文库之缘起，更为编事之宗旨，而为全体译友之所寄托也！

许章润　舒国滢　谨识

孔诞两千五百五十二年，西元2001年秋

目　录

法律的成长

一、导论：科学重述的需要——作为确定性的辅助 ……（3）
二、需要一种辅助法律成长的法哲学 ……………………（14）
法律哲学问题
法律的意义和起源
三、法律的成长与判决的方法 ……………………………（33）
四、法律的功能和目的 ……………………………………（46）
五、法律的功能与目的（续） ……………………………（61）
结论

法律科学的悖论

一、导论 ……………………………………………………（83）
静态与动态
稳定和进步
二、正义的内涵——价值科学 ……………………………（106）

三、利益平衡……………………………………………………（134）
原因与结果
个体与社会
自由与政府
四、自由与政府…………………………………………………（160）
结论

索引……………………………………………………………（186）

法律的成长

一、导论：科学重述的需要 186
——作为确定性的辅助

我们时代的法律面临着双重需要：首先是需要某些重述，这些重述从先例的荒漠中找出法律的确定性和有序性。这正是法律科学的任务；其次是需要一种哲学，它将调和稳定与进步这两种冲突的主张，并提供一种法律成长的原则。我们深切地感受到并广泛认可了第一种需要。新近组建的美国法学会（American Law Institute）正是为满足该目的的一种尝试。第二种需要尽管还未受到普遍重视，也越来越获得人们的充分认识。我的这些演讲中两者都会谈及，但主要是后者。

“法律必须稳定，却不能静止不变。”[1] 我们总是面临这一巨大的悖论。无论是静止不变，还是变动不居，如果不加以调剂或不加以制约，都同样具有破坏力。法律如同人类，要活下去，必须寻觅某些妥协的途径。这两个将法律引向不同方向的趋势应当拧在一起，使其步调一致。这两种趋势的结合，必须依靠某种智慧。[2] 这一主题涉及的文献将我们带回亚里士多德乃至更早的思想家。[3] 法律由公正来补充；刻在木牌上的法律由国王的敕令来补充；法律由衡平来补充，习惯由成文法来补充；规则由自由裁量来补充。庞德在《法哲学导论》（p. 128）中指出：“如果司法行政可以在要么全然机械适用、要么全然自由裁量之间进行选择，在成熟的法律制度下，法律工作者一定偏爱前者，这是他们的合理本能。”融合的适当比例则是任何时代都会面临的难题。

在一个发达的法律制度中，法律确定性的价值无庸赘言。法律作为一种行为指南，若不为人知或不可能为人所知，则近乎于

---

① Pound, *Interpretation of Legal History*, p. 1.

② Vinogradoff, *Common Sense in Law*, p. 122; Coudert, *Certainty and Justice*, p. 1.

③ Vinogradoff, *Historical Jurisprudence*, vol. II, p. 64; *Common Sense in Law*, p. 209.

无效。我们的法律被指责为不确定性的代表，署名于此议案上的见证人多赫赫有名。如果我们要寻找原因，那实在太多了。美国 187
法学会成立大会上通过的一个委员会报告，列举了至少八个原因。这些原因包括：对普通法基本原则缺乏一致认识；使用法律术语不严谨；法律条款粗制滥造且相互冲突；事实基本一致的案件，适用法律原则时却试图另眼相看；卷轶浩瀚的判例；法官与律师的无知；新型法律问题的数量与性质。[①] 在所有这些原因中，我想最重要的就是判决的芜杂。我们的判例法繁殖之快将令马尔萨斯目瞪口呆。遵循先例一度是种促进稳定的力量，仿佛可以保证法律的稳定性和确定性。过去，我们不想牺牲一丁点繁殖先例的胚芽，现在，这些疯狂成长的胚胎，却将我们的怜悯抛在了脑后，反使宽宥它们的人烦恼不已。[②] 判例的数量在增长，获得的尊重却未因此增长。在众多思想产品中，当然会有一些奇思怪想。如此众多的胚芽既有先天缺憾的，也有毫无用处的。大小法院的判决纷至沓来，致使引用先例反而不如诉诸有启发的原则

---

① 将这些对法律不确定的抱怨与培根在其有关改革英格兰法律的提议中作出的类似抱怨相比较是件非常有趣的事情，尽管培根的建议是在大约三百年之前作出的（Bacon, Law Tract, p. 5）。"令人确信不疑的是我们的法律现在所处的状态非常不确定，形形色色的法律见解既落后时代又含糊其词；这些状况体现在：（1）讼案极其复杂而冗长；（2）争强好胜的人得到法律的帮助，谦恭诚实的人却受到法律的压制，并被搞得不胜其烦；（3）法官极其专断，在疑难案件中，他们具有相当大的自由活动余地；（4）大法官法庭（chancery courts）人满为患，法律的救济通常是微不足道的，而且是否有这样的救济还很难说；（5）无知的律师总是掩饰他对法律的无知，因此，人们对法律的怀疑就成了家常便饭；（6）人们通过特许状（patents）、契据（deeds）和遗嘱转让土地或不动产，经常要受到质疑和否认，在许多情况下，会招致麻烦。"

② Stone, "Some Aspects of the Problem of Law Simplification," 23 *Columbia Law Review* 319; Salmond, "The Literature of Law," 22 *Columbia Law Review* 197, 199.

更有价值。无论法官能力如何，堆积如山的待决案件，都使其无力从根源探寻每一个案。即便时间充足，法院面临的案件总是独特的、具体的，一般性隐藏在具体细节之中。人类的视野有限，如果只考虑这些细节，那么，由于我们总盯着手中的琐碎事情，在某些时候，会看不见隐藏其间的普遍因素，从而忽略了更大的真理，尽管它是整个画面的底色。随着案件的数量与复杂程度的增加，这本已十分巨大的危险更与日俱增。普通法真正的力量在于其前进时谨小慎微，有时甚或倒退一两步，[①] 然而，除非我们隔三岔五地辨明方向，以此洞悉普通法前进的每一步与整体发展的关系，否则这将变成一个弱点。判例像一条条纵横交织的线，一条线在这儿，另一条线在那儿，编织成了一张华而不实的网，从中心向四周辐射，将整个普通法体系分割得支离破碎。这张网
188 将我们紧紧缠绕，除非有一些警醒的头脑来揭示构造的秘密，令我们高瞻远瞩、俯瞰全貌。法官的迷惘正是学者发挥专长的良机。

一个使学者免于错失良机的运动已迈出第一步。1923 年 2 月在华盛顿成立的美国法学会，是所有致力于法律发展的人们首度合作的尝试，他们希望抓住并杀死不确定性这只鬼怪。学会建议在一些经过特别挑选的领域，对法律进行科学而精确的重述。最初被选出来的法律领域有合同、侵权、冲突法和代理。以后还会挑选其他一些领域。构成法律重述的首先是对概括性法律原则的全面陈述，有点像戴雪在《冲突法》或斯蒂芬在《证据法摘

---

① Pound, "Courts and Legislation," 7 *Am. Pol. Science Rev.* 361; IX Modern Legal Philosophy Series, p. 214.

要》中采取的方式，它们将充分展现所涉及的主题；其次是对法律原则的引申、阐述和说明，它们对法律原则的完整理解和实际运用来讲非常必要，上面提到的那两部著作再次提供了这方面的范例。伴随每一种法律重述的是一部专著，包括对法律目前状况的完整说明以及对权威论述的全面引证。它将分析和讨论提出的所有法律问题，论证对法律原则进行的陈述。

哈佛大学的韦利斯顿（Williston）教授将起草合同法的陈述，并撰写相关的专著。耶鲁大学科宾（Corbin）教授、威斯康星大学佩奇（Page）教授以及哥伦比亚大学的奥利芬特（Oliphant）教授，将对这一项工作进行评议。宾西法尼亚大学波伦（Bohlen）教授，将在哥伦比亚大学的杨·B. 史密斯（Young B. Smith）教授、印第安纳大学的赫伯恩（Hepburn）院长、密歇根大学的古德里奇（Goodrich）教授以及耶鲁大学的瑟斯顿（Thurston）教授的支持下，陈述侵权法。哈佛大学的比尔（Beale）教授在与耶鲁大学劳伦兹（Lorenzen）教授、芝加哥大学比奇洛（Bigelow）教授、匹兹堡大学布坎南（Buchanan）教授以及密歇根大学古德里奇（Goodrich）教授进行辩论并初步达成一致意见后，陈述冲突法。芝加哥大学的米切姆（Mechem）教授将陈述代理法。评议和顾问小组不是一成不变的，将因势而易地不时变换或扩充。起草人的陈述起初只是一个尝试性的临时稿子，他要听取助手、 189
领导及所有相关人就法学思想提出的建议和修正意见。随后，陈述将提交法学会的理事会及其成员。经过这些人的悉心审查，它要么因论述充分而被接受，要么退还作者。通过一次又一次的考验，它才能最终获得法学会的批准并以其名义公布，它虽然够不上一部法典，却也不仅仅是一部专著。它将被赋予独一无二的权

威，不是去发号司令，而是以理服人。它体现了一种兼容并包的思想，传达了一个多重复调的声音。大学、法院和律师，在其诞生过程中，都占据了一席之地。

我深信不疑，这种重述有力量将我们的法律统一起来。当然，如其他任何值得成就的事业一样，它必须用赖以成功的途径证明自身的合理性。如果缺乏高超的技艺，它将失败，甚至注定要失败。然而，目前的计划将失败的可能性降到最低限度。如果这些人还不能重述法律，就无人能胜任了。我们绝不能将法律重述的产物视为法典，赋予其成文法的拘束力。它拥有的惟一力量，至少在一开始，只是说服的固有力量。人们需要法律重述，“并非为了压制判例法发展的力量，而是激励它们，释放它们。”① “司法过程将重新运转，却在一个新的出发点，带着一种新的推动力，朝着一个新的方向。打碎一套枷锁，不是用另一套枷锁取而代之，而是让法官自由。”② 毋庸置疑，有人会固执地假定这些重述的原则或规则具有优先性，倡议者将因此获益。在法学会成立大会上，大会主席罗特（Root）先生在演讲中兴致勃勃地阐述了这一思想：“任何一个律师，如果其在诉讼中的利益促使他主张对法律采取不同理解，就必须肩负起推翻陈述的担子。他毋须再追溯成千上万的判例，这项工作已经完成；这儿虽然没有不容反驳的结论性推断，却有切实可行的初步陈述，如果未被推翻，将成为判决的依据。”我们知道，单枪匹马之人能为
190 普通法的建设作多大贡献。古有肯特（Kent）与斯托里（Story），

① *Harv. L. R.* 113, 117.

② *Harv. L. R.*, *supra*.

今有韦利斯顿与威格摩尔（Wigmore）。没有这些大师的指引，我们不敢估量在这个残缺不全、扭曲变形的世界里，还会有多少社会的栋梁，多少合乎情理的判决。他们显示了优生学这门睿智科学对法律的贡献。如果这一切可以通过个人的创造和奋斗实现的话，那么，一个不止以个人名义、而是以一个有组织的职业团体名义言说的人，将会具有更大的权威。

我们越来越冀望于从事研究的学者，冀望于法学家而非法官或律师，为我们提供灵感和指南。历史学家告诉我们，古昔时代的日尔曼法院早这么做了，他们"将案件的材料递交给颇具声望的大学法律系教授，诸如哈利（Halle）大学、格赖夫斯瓦尔德（Griefswald）大学和耶拿（Jena）大学，以便获得建议作出恰如其分的判决。"① 如今，在我们法律前进中也能找到一种趋势，虽然与上述方式不同，但在许多方面有相似之处。司法之外的机构（extra-judicial agencies）地位日益显要。最为重要的就是大学和其他研究机构的学者们提出的批评和建议。而在以批评方法著称的现代法学院兴起之前，一直缺乏使专业化意见得以有效、迅速公之于众的机构。实际上，律师协会早就存在，其反应却迟钝缓慢、漫不经心。它的组织也过于松散，往往热衷于打赢官司，而不能时时刻刻对法学的匀称之美保持必要的警醒。的确，某个法院有时会不可救药地误入歧途，随着时间的推移，一些相反的

---

① Vinogradoff, *Common Sense in Law*, p. 203; Stammler, "Modern Jurisprudence," 21 *Michigan Law Rev*. 877, 878; *cf*. *the Responsa Prudentium of Roman Law*; Muirhead, *Roman Law*, pp. 291－293; J. M. Gest, "Notes upon Legal Continental Literature," 69 *Univ. of the Pennsylvania Law Rev*. 128, 129; Hadley, *Rome and the World Today* 238, 242，这使我们想起莎士比亚的"威尼斯商人"。

意见就像一股潜流慢慢汇集，不时浮出水面。特别是判例明显错误，激起公众关注时，上述情形更可能发生，甚至很快。尽管如此，这种批评在很大程度上是零碎的、未经组织的，通常局限于一种支支吾吾的异议，几乎细不可闻，即便有机会，也只能慢慢传到那些被批评人那里。而大学首次给我们提供了一个专门用以批评的场所。

这个表达批评意见的新机构就是大学的法律评论。沃利斯顿
191 与威格摩尔的著作几乎在一夜之间跻身经典之列。一些更窄领域里的研究也在法律评论专栏中逐月发表，却同样声名显赫。威格摩尔在1915年撰写的证据法专著的附录引言中抱怨道：法院似乎并不情愿参考法学大师的思想，除非他们的劳动成果已出版成册。任何装订成册的东西都可能被引用，尽管其制作程序并不比剪刀加浆糊更具智识水准。该死的小册子！不过，请注意，威格摩尔最后一版的序言对此却未作尖刻评论。法官最终认识到埋藏在法律评论中的宝藏，或者说，至少相当一些法官并非总是对此视而不见。纽约州最近判决的一起案件将表明我的意思，它显示了大学在指导判决过程方面发挥的力量。我们处理的一系列案件都涉及到一个推定规则（supposed rule）：在有关合同特定履行（specific performance）的诉讼中，救济必须是相互的（mutuality of remedy），这种相互关系不仅存在于判决之时，且在合同签订之时即已存在。一些判例走得更远，它们重申了弗赖伊（Fry）和波默罗伊（Pomeroy）的观点，将此推定规则提升为一个普适性规则。我确信，如果不是大学教授们的干预，通过一个纯粹的逻辑演绎过程，这个规则的适用范围将被拓得更广，这样的话，事情将糟得一塌糊涂。在这个过程中，大学教授们日益忙碌起来，

指出我们正奔向何方。阿莫斯（Ames）在最初几期的《哥伦比亚法律评论》上开始了讨伐。[①] 宾西法尼亚的刘易斯（Lewis）在《美国法律公报》[②] 上发表了一系列文章，从一个多少有点不同的角度加强了这场攻击的杀伤力。最近，哥伦比亚的斯通（Stone）院长在《哥伦比亚法学评论》[③] 上撰文指出众多法院争相效仿的危险性。最后，沃利斯顿教授在博学的专著中对上述主张和先例进行了总结。[④] 就在前几天，上诉法院重新审视了整个问题，并将其建立在一个可能与衡平与正义相一致的基础上——至少我希望如此。[⑤] 但是，在整个事件中，有趣的要算司法之外机构所起的作用。如果没有阿莫斯（Ames）、刘易斯、斯通和韦利斯顿不辞辛劳的批评，这个异端学说不但不会消亡，反而可能 192
顽固不化、甚至四处蔓延。通过肯定它的每一个判决，它将获得新的活力。通过逻辑或类推发展过程，它难免会被推广到新的领域。那些来自外面的批评拯救我们于危难之时。

因而，我毫不怀疑，计划中的法律重述将显示一种强大的力量，从先例的荒漠找出确定性与有序性。中世纪有一句格言："没有亚瑟书（Azo' books），不要进法院。"[⑥] 最终，法学会的这些出版物将不断为人提起。一遇到法律问题，我们首先就想到查阅它们，通常也仅仅查阅它们而非其他东西。年复一年，这些出版物将积聚力量和威望，粉碎那些反对意见。渐渐地，法院将趋

① 3 *Col. L. R.* 1; *Lectures on Legal History*, p. 370.

② 40 *Am. Law Register*, N. S., 270, 382, 447, 507, 559; 42 *id*. 591.

③ 16 *Col. L. R*. 443.

④ 3 Williston, *Contracts*, secs. 1433, 1436, 1440.

⑤ Epstein v. Gluckin, 233 N. Y. 490.

⑥ Vinogradoff, *Common Sense in Law*, p. 202.

于和谐一致，即便开始时意见不一。然而，我们必须保持两种警醒。一方面，我们尊崇法律的确定性，但必须区分合理的确定性与伪劣的确定性，区分哪些是真金，哪些是锡箔；另一方面，即便实现了法律的确定性，我们仍须牢记：法律的确定性并非追求的惟一价值；实现它可能会付出过高的代价；法律永远静止不动与永远不断变动一样危险；妥协是法律成长的原则中很重要的一条。

我说过，有一种确定性是真实的，有一种则是虚幻的；有一种对称之美是值得追求的，有一种则是唯恐避之不及。法律需要重述的原因之一就在于：法官往往追逐伪劣的确定性而非真正的确定性。他们追逐的确定性，是令法律在法官本人的工作范围，即在他们当地有限的管辖范围内保持一致；而非这样的确定性：它符合与普通法一样博大、与正义原理一样精深的真理和原则。这种趋势是可怕的，在某种意义上，却不可避免。从特定先例推出的结论被视为其逻辑发展的结果。最终结局尚无法预见。每一个新判决都使法官前进一些。用不了多久，他就会发现自己身处两难境地。他不喜欢这种状况，然而，他不愿意、或许不可能抽
193 身回来。这样遵循先例确实获得了一种确定性，却牺牲了另一种更大、更重要的确定性。如果支离破碎地看待法律，而不是将其视为连续、一往无前的发展整体，我们将丧失后一种确定性。人为、虚假的区分通常维持了一种似是而非的一致。偶像已名誉扫地，却还被人们口是心非地尊崇着，被古老仪式祭奠着。如果我们想要达到一种人们能永远遵奉的和谐，必须有勇气去揭开这个假面具。法律的不确定性要得到纠正，法律的缺陷也要得到纠正。在通常情况下，这二者是结合在一起的。纠正了其中的一

个，另一个也就得到了纠正。器官由于使用不当而萎缩，如果其残骸仍遗留在社会体内，就会成为病源中心，因此，法律重述也必须不断修订。

我的第二个警醒却更为重要。对确定性的过分强调可能导致我们崇拜一种无法容忍的刻板教条。纵然我们今天以人类思维能力的极致来陈述法律，但一夜之间，新问题几乎又将堆积如山。“如同其他科学一样，政治学不可能将所有的事情精确地规定下来；因为公布的法律必须是普遍的，诉讼涉及的却是具体问题。”① 法律重述将清扫遍布地面的残骸，使我们计算得失、追求平衡并重新启程。这是一个重要的贡献，一个相当重要的贡献。但此后将和以前一样，事物之间不断变化的组合，将冲击古老分类的城墙。“生活关系不能被分割为固定不变的部分。模具必须扩大或缩小。”② 现行的规则和原则能确定我们目前的位置、航向以及经纬度。过夜的小旅馆绝非行程的目的地。法律，就像一个旅行者，必须准备翌日的旅程。它亟需一个成长的原则。

---

① Aristotle, *Politics*, Book II, Jowett's Translation.

② Glanzer v. Shepard, 233 N. Y. 236, 241.

195

二、需要一种辅助法律成长的法哲学

法律哲学问题

法律的意义和起源

现在让我谈谈第二部分，即需要一种法哲学。

在一个薄情寡义的世界里，理论家们真是举步维艰。尽管他倾毕生之力探索现实，没有他照亮前路，它们将永远隐藏于不为人知的地方；人们却总是认为，他对现实生活漠不关心。人们总是将他与那些从事繁重体力劳动的人，比如田地里耕耘的农民、起楼盖房的建筑工、大海里航行的船员和生意场上的商人，相比较，这往往使他处于不利的位置，但是在沉思默想之时，他能聊以自慰的是，如果没有他的思想提供指点和启发，这些他所挚爱的、从事体力劳动的弟兄们，可能会白忙一场。在形形色色的理论家中，属哲学家最可怜。他完全是一个理论家。他的敌人们说，向他掷石头吧，给他打上耻辱的烙印。马尔巴勒(Marlborough)公爵夫人在与伏尔泰争辩时就是这么说的："我以为这人有些头脑，实际上，却发现，他不是一个白痴，就是一个哲学家。"[①] 普遍真理的确难以掌握，对我们大多数人而言，所能做的一切不过是凭借辛勤努力在一些具体领域里积累一点点知识。那些一直探索终极真理的人就更面临重重困难了。如果我们不能理解这一点，那只不过表明：我们的优越感建立于对他人的嘲弄之上。

今天，我自命为法律领域里哲学家的代言人和捍卫者。我不想夸张地说，法哲学或者其他哲学是探索文化价值或思辨旨趣的。这种自命不凡，尽管有节制，也会召来人们些许质疑，或是勉强才同意。我关注的是哲学与生活的关系。一个法律学生在开始入门时，我们就应当让他深切地体会到这一关系的重要性。你

① 转引自 Strachey, *Books and Characters*, p. 125.

们可能认为，哲学玄而又玄，高在云端。我却希望你们明白，她
也可以入乡随俗，亲切可人。你们可能认为，停止前进、向她求
196 爱，是不务正业，是浪费宝贵的时间，而应埋头赶路。我却希望
你们和我一样坚信：你们正在通往目标的路上。在此，你们将找
到开启门闩与暗码的钥匙，粗制滥造的工具永远不可能妄图打开
它们。你们可能认为，追求终极观念的理论与实践完全搭不上
边。你在刚刚开始职业生涯时，这或许是真的。碰上更重要的问
题时，你却可能最终发现，不是研究基础知识徒劳无益，而是除
了研究基础知识，几乎不可能获得任何有益的东西。①

让我们一开始就去了解法律哲学包涵了哪些东西。我们毋须用僵硬不变的线条来框制它的内容。标示出明显属于其范围的那些东西足矣。因而，我们可以避开定义的困难，法律哲学与一般哲学一样对此束手无策。温德班（Windelband）在新著《哲学导论》中指出，② “你在试图界定哲学的内容时，会发现连哲学家本身也令你失望。不存在一个为人们普遍接受的哲学定义，再作不计其数的努力也无济于事。”③ 定义是种冒险，描述却可以提供帮助。法律哲学将告诉我们，法律如何产生，如何成长，发展的未来又会怎样。法律的产生、发展、目的或功能，正是它要讨论的问题。此外，它描述的不仅是法律自身的产生、成长和功能，还包括法律框架中其他一些基本概念的产生、成长和功能。

---

① *Cf*. Tourtoulon, *Philosophy in the Development of Law*, Vol. XIII, Modern Legal Philosophy Series, Professor Cohen's Introduction, p. 24.

② *Introduction to Philosophy*, by Wm. Windelband, translated by Joseph McCabe, p. 20.

③ *Cf*. Wm. James, *Some Problems of Philosophy*, p. 29; Royce, *The Spirit of Modern Philosophy*, p. 1.

如果谁想大体了解法哲学这一领域的轮廓，最好还是参阅一下哈佛大学法学院院长的《法律哲学导论》一书。在此，你几乎找不到纯粹抽象的定义，看不到图例、示意图和表格。你将看到一片耕耘过的土地，通过品尝丰美的果实来领略其价值。

法律的产生、法律的成长、法律的功能和法律的目的，这些术语看起来普遍抽象，高高在上，漠视现实，无法引起法律探索者的兴趣。但相信我，事实并非如此。正是这些普遍性和抽象性，指导法律思维，左右法官意志，在平衡产生动摇时决定疑难 197
案件的结果。大体说来，每个判决提出的问题其实都涉及一种有关法律起源与目的的哲学，这一哲学尽管非常隐蔽，实际却是最终的裁决者。它会接受一套主张，修正另一套主张，否决其他主张，甚至被作为终审法庭留以待用。它通常会显得支离破碎，未经系统整理。这一哲学帝国的臣民有时甚至意识不到它的存在。无论律师还是法官，在采纳这种主张或者放弃那种主张时，并不总能意识到正是哲学促使他面对某一主张时究竟前进还是后退。然而，驱赶他们的大棒就在那儿。如果我们无法摆脱复仇女神的追逐，那就努力理解她们吧。

要求你们首先考虑司法过程的性质是我讨论这一主题的方法。如果不能理解这个一方试图控制、另一方试图纠缠的过程，律师就不可能在说服法官时将权力施展至极致，法官也不可能在作出判决时将权力施展至极致。要分析司法程序就要分析法律的起源与成长，要研究法律的起源与成长就要研究法律的功能与目的。我们所说的法律意味着什么，它如何产生？在产生之后，它又如何扩张或发展？找不到先例的法官会发现自己彷徨地站在十字路口，究竟什么原则能指导道路的选择呢？法官遵守的指导性

力量是什么，采用的方法是什么，寻求的目的又是什么？这些都属于哲学问题。当司法过程是创造性的、而非纯粹静态或宣示性的时候，每一个司法判决都是对问题的反映，也是对问题的解答。哲学可能前后不一、似是而非甚或受到歪曲窜改。对问题的解答也会具有同样的缺陷，有悖常理、轻率鲁莽或自相矛盾。问题总是在那儿。如果我们假装问题不存在，就永远发现不了解决的方案。

让我先来考虑一下，至少为了我们从事的探寻工作，我们理解的“法律”是什么？在知道法律如何发展之前，必须知道法律是什么，或者起码知道我们说的法律意味着什么。单独或试图单
198 独研究人类思想之网上的这一细微领域，你可以从人类知识的构造中得到一些隐隐连贯的线索。在文字记载思想之初，人们就提出的怀疑，又在一些意想不到的领域中出现，迫使我们作出回答。哲学内的世仇，至今也未从上帝那里获得休战的旨意。几千年以来，她一直试图调停它们的争纷，却只能偶尔保持和平，取得一些微不足道的成功。因而，当法律研究的新手发觉哲学的疆界侵入了法律的领地而显得惊讶不已、暴跳如雷时，我们也就原谅了他。他曾安慰自己说，至少这儿是一个宁静的隐秘之处，耳朵里没有不同学派喋喋不休的争论。唯名论与唯实论之间永无休止的笔墨官司不会侵入这些隐蔽领域。在这儿，柏拉图主义者与亚里士多德主义者会发现他们亲如兄弟。但他的想法是不切实际的。希望中的天堂无处可寻。他在刚刚踏入研究的门槛，也就是寻求法律的定义时，就会面对历史形成的各种流派，它们早已吵得不可开交。在单个判决形成的规则之外还有其他形式的法律吗？难道我们必须放弃追求普遍性的法律而仅仅满足于一连串特

殊性的规则吗？在一系列变动不居的现象背后，我们是否可以假定有一个坚实的基础支撑着法律的一致性和现实性？这些不是中世纪经院哲学家的研究提出的问题，也不是阿奎那提出的。一个学生想理解他的布莱克斯通，就不得不努力解决这些问题。他将不时受到提醒，要注意这些问题对目前现实产生的影响。他也许试图安慰自己：未来将会获得和平。他认为，所有这些不过是初级阶段的问题，等到按部就班地研究这一主题时，视野就开阔了。然而，当他打开一本公司法的书，试图理解法人的性质时，唯名论与唯实论又在那里激烈地争吵。这个学派主张公司不过是一个男人与女人集合体的名字或象征。那个学派却告诉他，除了名字和组成公司的男人和女人之外，事实上还有一个真正的第三者（*tertium quid*）存在。法律中最激烈的某些争论其实是古代争论在今天的延续。[①] 柏拉图主义者和亚里士多德主义者成群结队 199
地云集于本学派的大旗之下，不同学派的口号又一次响彻云霄。

目前我们关心的是有关法律性质的不同理论。在这些激烈的争论中，相当一部分是语词之争。当人们使用一个涵义过于宽泛、内容没有精确界定的术语、却未对其中包涵的不同意思加以区分时，混淆就产生了，大多数争论皆源于此。庞德院长在最近

① Saleilles, *De la personnalité juridique*; Vinogradoff, *Common Sense in Law*, p. 77; Barker, *Political Thought from Spencer to Today*, p. 175; Maitland, *Introduction to Gierke's Political Theories of the Middle Age*, XVIII; Maitland, *Coll. Papers*, 3, pp. 304, 314; Buckland, *Roman Law*, pp. 175, 176; Henderson, *The Position of Foreign Corporation in American Constitution*, p. 3. Nicholas Murray Butler 于 1923 年 7 月 20 日在海牙发表关于"国际观念的发展"演讲时指出："一切问题的关键都在于所有逻辑的基础、所有伦理的基础、所有经济学的基础和所有政治学的基础。" vol. IX, Am. Bar. Assn. Jour., p. 520.

一篇文章[①] 中悲叹："法律这一术语的模棱两可性，要求我们一方面用它来指特定时空下法院实际认可和适用的法定规则，另一方面用它来指更一般的学说与传统，法定规则主要由这些学说与传统引申而来，我们对法定规则的批评也正是依赖这些学说与传统。"一些法学家试图将法律的涵义严格限定在前一种意义上，这意味着他们拒绝将其涵义拓展到后一种意义上，其结果导致怀疑一切的虚无主义，否定了一切法律。此时得到的不是一套普遍适用的规则体，而只是一些仅对当事人具约束力的孤立判决，它们在变成法律的同时，也丧失了法律的品格。我在其他地方详致地阐述了这一观点。[②] 我也指出，有关法律的起源和性质的不同观点如何导致对一个案件的是非曲折作出不同的判决。根据州最高法院宣告某法案无效的判决，诉讼当事人作出了行为，当他们产生纷争、向同一个法院提起诉讼时，曾经作为依据的判例已被推翻，此时，他们享有哪些权利呢？你会发现，如果不参考从一般意义上讨论法律性质的哲学论述，解决该问题是相当棘手的。实际上，一些令欧洲大陆法学家们愁眉不展的困难和语义混淆，不会困扰我们。我们毋须成篇累牍地试图证明习俗（Gesetz）与法律（Recht）的涵义相关联，[③] 法律（la loi）比权利〔le droi〕的含义要狭窄一些，[④]法律比法案包涵更多的内容。我们可以避开所有这些困难，因为我们每天的诉讼活动是这样一个过程：在类似于铸币场的司法作坊，行为方式被打上法律的烙印，然后，

---

① Judge Holmes' s "Contributions to the Science of Law," 34 *Harv. L. R.* 449, 452.

② *Nature of the Judicial Process*, p. 126.

③ Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*.

④ Duguit, *Traite de droit constitutionnel*.

像货币一样自由地流通。但是，即便在此阶段之前，行为方式也不缺少强制力因素。人们做生意，宁静祥和地管理事业，虽然他 200
们作为启蒙与行为指南来遵循的原则、规则或标准未经判决确认、甚至在更多的情况下未经成文法的批准。因此，除确定不疑的判决之外，我们可以发现某些东西，具有完美无缺或经久不衰的确定性，它们就是法律。

如果你问我，一个尚未在判决中具体体现的原则、规则或标准，必须具备多大程度的确定性（assurance）才能被恰如其分地称为法律，我只能借助需要今后进一步论述的那个思想：如同其他社会科学分支一样，法律结论的有效性必须经受可能性逻辑而非必然性逻辑的检验。当存在这样一种可能，以致我们能合理确定，某个结论应当且将要体现在一个判决中时，就将该结论称为法律，即使那个判决尚未正式作出，即使真正作出的判决可能违背我们的预期。这种使用“法律”术语的方式增强了法律与有关秩序、自然法和道德法的那些原则之间的相似性：前者是法理学关注的东西，后者则是自然科学和伦理学关注的东西，认识到这一点是件非常有趣的事情。钟摆在这两者之间已来来回回多次，但是当今法学思想的趋势是强调它们之间的一致因素，而非它们的差别。①

情况并非总是如此。我在法学院学习的时候，当然那已是非常久远的事情了，法学家们和教师们都在饶有兴趣地讨论两种法律之间的对立，一种是真正的法律，另一种则是借漂亮羽毛来伪饰的法律，也许只能称作隐喻或模糊的类比。只有真正的法律才

---

① *Cf.* Charmont, ***Renaissance du driot naturel***.

是我们研究的课题。只有在判例法和成文法中才能找到它，甚至在成文法中也不行。司法官是它的拟人化，令状则是它真实性的检验。以隐喻或类比形式出现的法，仅仅是一个秩序原则。如果非要选择的话，我们也愿意承认这个法律的亲戚，却总带着一种对穷亲戚的屈尊俯就。为了迎合行星或者满足它们的自尊，将控
201 制其重大活动的规则说成是法律，这无关紧要。但是，我们应当始终牢记，穷亲戚必须清楚自己的位置，必须在适度的范围内，宣示他们疏远的亲戚关系。据说，潮涨潮落、月圆月缺、一年中的四季变换都有自身的一致性。但是，我们不会把它与长期耐心地审视法院判决后、忠诚的眼睛所看到的那个序列混为一谈。昼夜更替（equinoxes）的规律性，比解释禁止欺诈法第四节、第十七节的那些判例所具有的规律性要显而易见得多。然而，司法解释上缺乏的一致性可由其他东西来补充和平衡。司法解释中前后不一、漏洞百出的现象可能比比皆是。令人慰藉的是，我们至少可以确保：司法解释中还有更重要的一些东西，即它具有法律的性质。

岁月的流逝没有为我带来聪慧的能力，却至少让我眼界大开，我认识到，那些过去看来泾渭分明的分界，事实上是难以捉摸或模糊不清的，分隔之墙根本不是密不透风或一成不变的。特别是，我清楚地看到下面两者的关系要比想象的紧密，一个是有关秩序的原则，以往我认为它们只有经过提携或特别恩惠才能作为法律，一个是国家权力的地道产物，完全在国家主权范围内、通过国家任命的代理机构——法院来运行。如果说我早先即使认识到这两个家族存在远亲关系，追溯到它们可能共有一个祖先，也认为这种血缘关系如此疏远、如此模糊以致可以忽略不计，现在我却深信，它们即使不是亲兄弟，至少也是堂表亲。

法律不仅仅是一系列孤立的判决，只有在调停纷争时，才发挥法律的效力。引申出判决、并“作为评判它们依据”[①] 的“一般学说与传统”也必须冠以法律的称谓，不仅仅因为它们是我们研究的主要课题，也因为它们对法官选择范围的限制并不纯粹是建议性的，而多少带有一些强制性因素。无论如何，如果它们不是法律的话，我们必须发明其他一些语词来称谓它们；并将大部分研究兴趣都集中到它们身上。只有当判决提供了一个合情合理 202
的预期：相似的情况将导致类似的判决时，判决本身对学者来说才是重要的。这样一来，对法律的研究将被视为对秩序原则的研究，后者体现了古往今来判例中的一致性。当一致性始终如一，足以为人们提供一种具有合理确定性的预期时，法律就存在了。实际上，这些一致性如此具有说服力和强制力，以致于我们不得不说，如果预期没有实现，那个使我们希望落空的判决就是错法或者是恶法（false law）——只要我们决心无视霍兰（Holland）和其他人提出的“恶法”属取名不当、法律与语法一样至高无上的警告。我们甚至斗胆预言：一个使谬误暂时通行的判决必定会在将来某个时候被推翻。另一方面也可能存在这样的情况：一致性轻率易变，相似之处含糊不清，原则与传统的趋势模棱两可，以致我们根本无法作出预期。我们最多只能讨论或建议。毋庸置疑，当一个过程向另一个过程过渡时，寻机将这个时刻固定下来是相当困难的。一个纯粹的假说什么时候才能转变为一个原则或一个规则？一个原则或一个规则什么时候才能脱下权威的外套，成为一个被粉碎或被打入冷宫的假说？依据上文所说的可能性逻

① Pound, *supra*.

辑，我最好在具体例子的帮助下说明我的意思。

双方的相互承诺构成一个契约，违反承诺将产生一项提起赔偿诉讼的权利，这是一条我们今天都承认的法律规则。当然，这条规则并非一直如此。① 我们可以找到确立这一规则的判例。② 在 1588 年 Strangborough *v*. Warner（4 Leon 3）一案判决出来之前，纯粹承诺就构成契约这样的规则在英国法中的发展仍是支离破碎、残缺不全的。公正地说，在该判决宣布之前，法律上并不存在一个法官可以扩展或引用的先在原则或规则。法官自己创设了这条原则或规则，此后通过创造的过程又赋予它发展的潜力。倘若今天某法院拒绝接受 Strangborough 一案的判决，认为合同无效。这样的裁定也许滥用了权力或者是一个巨大的谬误，但是，
203 除非通过上诉推翻，它仍然约束当事人，对他们来说，这就是法律。既然存在法院有权宣布我们所有预期无效的可能性，为什么我们仍要确定地宣称，Strangborough 一案的判决是法律的一种表述？之所以如此，是因为观察不计其数的记录使我们形成了一个信念：政府机构也将此规则尊奉为法律。就像在大自然的运转中，我们将四季轮回称为规律一样。③

现在，让我举一个答案更不确定的例子。一个交通事故的受害者起诉汽车的制造商。原告从其他人而非制造商那儿购得汽车。他主张汽车的制造过程中存在过错，且契约的相关性并非诉权的必要条件。自 1916 年 MacPherson *v*. Buick Mfg.（Co. 217 N.

---

① Holdsworth, *History of English Law*, Vol. II, p. 72; Ames, *History of Parol Contracts Prior to Assumpsit*, III Anglo－Am. Legal Essays 304.

② Sweet, *Foundations of Legal Liability*, vol. II, p. 55.

③ *Cf*. Vinogradoff, *Common Sense in law*, pp. 206, 207.

Y. 382）一案判决之后，可以肯定地说，纽约州的法律与原告的主张是一致的。然而，在 Buick 一案判决之前，事态是怎样的呢？有没有专门涉及此问题的法律？当时，该法院和其他法院就这类问题作出了大量多少有些关联的判决。基于这些具体判决，也许可以建立起一个假设。但是它们的含义仍然是模糊不清的。只要想想，事实上法院是在有异议的情况下作出这种判决的，我们就会明白这点了。判定法律是否在此判决之前就存在，有赖于对判决结论与现存原则、先例之间关系的不同估计。

让我再举另外一个答案更加模糊的案例。想想一个全新的判决，它涉及到一个尚未开垦的领域，[1]或者这样一个判决，它推翻了另一个判决。[2] 在 Klein *v*. Maravelas 一案中，法院认为出售大量货物的行为（sales in bulk act）是有效的，这推翻了早先一个认为该行为无效的判例。在 People *v*. Schweinler Press 一案中，法院主张，限定妇女工作时间的法案是有效的，这推翻了早先一个相反的案例。Epstein *v*. Gluckin 一案则限定了早先判例的适用范围：这些判例将相互救济（mutuality of remedy）作为衡平法上救济（equable relief）的一个条件，此种做法认可了司法外机构对先前判例和更狭窄观点的批评。所有这些限定或推翻先例的判决，都诉诸一套司法的或专家的观点，这些观点显示出与被限定 204
或被推翻的判决不同的一致性。错误的答案得到了纠正。正是通过法院，法律表达秩序原则的品质得以维持。

现在，我必须向你们指出，在所有这些案件中，都存在预期

---

① Hynes v. N. Y. Central R. R. Co., 231 N. Y. 229.

② Klein v. Maravelas, 219 N. Y. 383; People v. Schweinler Press, 214 N. Y. 395; *cf*. Epdtein v. Gluckin, 233 N. Y. 490.

落空的可能性。在这方面，不同案件仅仅存在着程度上的不同。故实际上，这种可能性总是存在的。法院可能推翻自己的判决，撼动那些貌似稳若泰山的东西。由于疏忽大意、愚昧无知或者少数的腐化堕落，法院可能忽略或者误用已确立的规则。促使我们断言某些原则是法律的，是有关这些原则将被适用或应当被适用的预期所具有的力量或说服力。即使基于某些特定事实的结论尚存争议，例如 Buick 一案中的汽车制造商，但毫无疑问，结论将来源于一些被视为赋予了法律义务的原则和规则。法院不会漫无目的地逡巡徘徊，仅凭个人喜好或突发奇想而得出结论。这些原则和规则就是我们所谓的法律。在一些案件中，我们可能不会从这些原则和规则中推导出与法院相同的结论。但前提相差无几。我们都同意，如果有合理的可能来预期——对正面临或者将要发生的纠纷进行判决，将以一些原则和信条为基础——即可视这些原则和信条为法律。当这种预期达到一个很高的确定和确信时，我们就说法律建立了，尽管无论这种确定多么明显，预期出现误差的可能性总是存在的。如果预期没有达到这一定的确信标准，我们就说这时法律是模棱两可或不确定的。再往下一个程度，就不存在法律了，这时必须自由地创设它们。

我写下这些话的时候，还没有读过吴经熊博士那篇饶有兴趣的文章：《霍姆斯法官的法哲学》。[①] 但是，你们可以看到，我的思想与他们的观点相当接近。霍姆斯说："毫不夸张地说，对法
205 院实际上将做什么的预测就是我所说的法律。"[②] 吴博士敏锐地

① 21 *Mich. L. R.* 523, 530, March, 1923.

② 21 *Mich. L. R.* 530, citing Holmes, *Collected Papers*, p. 173.

进一步指出这句话的含义："因而，法律不过是一种预期。它并非像萨茫德所定义的那样，是由已为人们认识的以及被奉行的规则组成；[①] 它由法院可能承认或尊奉的规则组成……从心理学上讲，法律完全（*par excellence*）是一门有关预期的科学。它主要与我们的未来利益相关；人们研究案例不是为了愉悦，而是为了预期将来诉讼发生时，法院将做些什么。的确，人们经常将过去的案例作为大部分法律的仓储所，但是，在做最终的分析时，人们总是想显示：有足够理由令人相信法院将来会作出同样行为或者按同样的方式行事。"对权利义务的分析也揭示出它们具有同样的内核。在《论文集》（p. 313）中，霍姆斯说："从法律意义上讲，权利的实质仅仅在于预测，就像我们用引力来解释物体在空间里的运动。这种预测是对（行为）实质的想象，它支持下列事实：对那些被认为违背法律的人，人们将施加公共强制力"。"一个所谓的法定义务也仅仅是一种预期，即如果某人做了某些事或忽略了某些事，他将被迫以这种或那种方式受到法院判决的处罚。"[②]

我知道，上述这些陈述所具有的含糊不清，使它们不能满足那些追求固定不变的分类、并在这些类别上黏贴标签使之泾渭分明、易于识别的人。这种追求真可谓持久不懈、历久而不衰，却注定要失败。我毋须展开一个有关真实自身涵义的讨论。[③] 绝对而不附任何条件的实在可能存在，但人们必须通过它在相对的、有条件限定情况下的表现形式来认识它。实用主义至少是一个有

① Salmond, *Jurisprudence*, p. 9, 4th ed.

② *Collected Papers*, p. 169.

③ James, *Pragmatism*; James, *The Nature of Truth*.

效的原则，通过它，真实才能被检验，人们也才能知道自己是否获得了真实。① 如果哲学尚不能洞察实质的秘密，如果它尚不能告诉我们事物的特性是如何构成的，②那么我们不应感到奇怪：哲学仍然困扰于概念思维的产物，即那场永无止境的、关于普遍性、其内容与特性的争辩。③ 我没有兴趣去探寻在判决中开花结果的一致性背后，是否可能还存在其他更高更广泛的、揭示社会
206 秩序、权利与正义规范的一致性，使得如果那些低级的、狭窄一些的一致性能够持久有效的话，必须遵循前者、必须根据前者来型构自己。我怀疑，除非与制定法或判决相一致，这些类型或模式是否应当被冠以法律的称谓，虽然，在狄骥和其他人的眼中，④ 制定法或判决只有反映了这些类型或模式的本质、表达了它们的精神时才成其为法律。狄骥写道："随着年岁渐长，随着我日益侵润到法律问题之中，我越来越坚信法律不是由国家创造的，它的存在不依赖于国家，法律的观念也完全独立于国家，法治将自身加于国家之上，就像其对个人所做的那样。"⑤ 他认为，法律义务并非"一项改变个人意志的义务，而是一项纯粹社会性的义务，也就是说，它具有这样的性质：如果没有履行这项义务，将打破构成社会群体因素之间的平衡，由此产生的后果是引发一种社会反应，即自发地努力重建平衡。"⑥ 仔细推敲这些东

① 至少在此意义上，我们可以同意孔德所谓的："一切都是相对的，没有绝对的真理。"（Windelband, *Introduction to Philosophy*, p. 38; *cf*. *ibid*., pp. 45, 179）。

② Windelband, *supra*, pp. 52, 55, *et seq*.

③ Windelband, p. 186.

④ *Cf*. H. krabbe, *The Modern Idea of the State*.

⑤ Traite de droit constitutionnel, 2d ed., vol. I, p. 33.

⑥ Vol. I, p. 20; *cf*. pp. 87, 88.

西终归与我们研究的课题格格不人，虽然它们本身相当有趣。即使在主权国家之外还存在法律，并且更为高级，无论政治家和道德家对此多么感兴趣，但是对于法官和律师而言，这些并非法律。法庭是国家及其权力的产物，只要它作为法庭存在，就必须服从创造者（指国家）的法律。[①] 狄骥似乎也承认这一点。他在"规范性法律规则（*la regle de droit normative*）"与"建构性法律规则（*la regle de constructive*）"之间划出了一道分界线，这几乎推翻了他的整个理论，当然对于那些志在治国之术或道德学的学者并不这么认为。如果组成社会群体的多数个体认为并承认，对违背规则行为的惩治能够被社会化地组织起来，那么一个规范化的规则或司法规范就建立了。[②] 建构性规则是一个这样的规则：人们建立它是为了保障一个规范性规则尽可能被执行，[③] 它同时也意味着国家的存在。[④] 狄骥写道[⑤]："我们实在法的绝大部分由建构性或技术性规范构成，它们意味着一个或多或少已经发展起来的政治组织。在现实中，它们针对的是政府及其代理人……尽管 207
它们意味着一个国家的存在，但它们也许仅仅是些习惯。它们对政府和政府的机构具有强制性。"这些规范仅仅是那些如果法律

① *Cf*. Sabine & Shepard, Introduction to H. Krabbe's *The Modern Idea of the State*, p. xlv.

② *Traite de droit constitutionnel*, vol. I, p. 36; also p. 41.

③ P. 38.

④ P. 39.

⑤ P. 41.

意欲在实施中得到遵从和崇尚就不能忽略的现行习惯和信念而已。[①] 他接着阐述[②]："我当然承认：一个自生自发并独立于其实施方式的法律规范，仅仅是一个观念，而非具体的现实。无论是在原始社会还是在文明社会，人们都很难发现毋须法律工具即可以实施的法律规范，无论这些规范是由习惯还是由成文法产生。人们当然可以引述罗马法的'*leges imperfectae*'。除了这种情况相当罕见之外，它们似乎仍多少带有一些起码的间接强制性。无论通过何种形式，规范性规则几乎总是裹在建构性规则之中，这样，一个机构产生了，在某些情况下，它几乎只具机构雏形，在某些情况下，却相当发达也非常科学，这样，一些法律工具也被用来间接或直接地认可由规范产生的积极或消极义务。"当"规范性规则"被"建构性规则"推翻时，对于律师或法官而言，它们就不再是法律了。它们仅仅变成准则（standard）或观念，也许它们在日后仍能东山再起。但是在这个胜利之日到来之前，在国家准备用其强制力通过法院及其他机构支持它们之前，律师或法官必须拒绝将它们作为法律。

当一个行为规则或原则已经确立，从而可以证明一个预期具

---

① A. R. Lord 对此主题进行了深入的研究，*The Principle of Politics*, pp. 69, 70, 81, 91, 193, 197, 278, 295.

"从一个伦理学的角度上讲，统治权不能产生正义，毫无疑问，经常出现这样的情况，为了避免战争和革命，统治权不敢去抹杀正义。统治权是一个不确定的权力，没有人的权力是无限制的。Carino v. Insular Government of the Philippine Islands, 212 U. S. 449, 458。但是，对于统治权及其机构，人们也有必要持这样的观点：凡是它以法律的名义实施的东西，都是其意志的表达。Kawananakoa v. Polyblank, 205 U. S. 349, 353 (Holmes, J., in the *Western Maid*, 257 U. S. 432). *Cf.* Haldane, *The Reign of Relativity*, p. 378.

② Vol. I, p. 134.

有合理的确定性：如果这一规则或原则的权威受到挑战，将由法院来强制执行，那么，以我们研究的目的来看，这一规则或原则就是法律的原则或规则。我所谈及的行为规则或原则也包括那些在严格意义上并非规则或原则的行为规范和准则，因为它们没有通过成文法和判决正式昭示出来，[1] 但我们预期成文法或判决可能会遵循这些类型或典范。我所不同意的是，它们并不具有优于国家设立机构宣布的那些规则的效力。它们深深地植根于习惯的形式、商业与人际关系的方式、盛行的衡平与公正的信念以及我 208
们今天称为道德观念（mores）的繁复信仰和实践之中。它们也许缺少官方的图章（imprimatur），[2] 但这不能阻碍我们心安理得地假定，在情势需要时，忽略它们的行径将得以纠正。[3]除非且直到我们的预期失败，在行动中，一个如此获得认可的准则、规则或原则将被视为法律，甚至在言论上，它也将被描绘为法律。这种一致性能产生对延续性的合理预期，应得到人们的遵守。

我并不认为从事这项探索工作仅仅是一种辩证法的演练。我承认，任何言之成理的、有关成长的哲学，其根本是，必须理解正在成长的是什么，即一个有关起源或诞生的哲学。我们必须抛开一个极端的观点：法律是固定和一成不变的，法官宣布的结论不是一个多少暂时的假说，而近乎于对一个通过归纳而领会的先验的一致性和秩序的大体阐述，判决是一个发现的过程，在任何

---

① Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, p. 368.

② Holland, *Elements of Jurisprudence*, p. 54.

③ Cf. Ehrich, *Grundlegung der Sozologie des Rechts*, p. 8. 法院最近授予一些习惯以法律的效力的例子，见 Mckee v. Gratz, 260 U. S. 127, 136, and Walker v. Gish, 260 U. S. 447, 450.

方面，它都不是一个创造的过程。这种极端观点最赫赫有名的典范就是布莱克斯通。另一方面，我们必须避免另一个极端，这个极端即使不是奥斯汀的观点，也是他思想的一个翻版，不过也许是对他思想的误用，他的后继者将这一思想发扬光大——法律是一系列孤立的判决，这种观念将普遍性淹没于特殊事例之中，原则被废黜了，特例被吹捧为至高无上。每一个极端都带有扼杀创造因素的倾向，尽管它们是出于不同的理由。一个极端教导说，根本没有什么可以创造。另一个极端则告诫说，一旦被创造出来就是最终的，因而人们的义务只是再生产。结果就是遵循先例的神话。判决便是一切。在其之后和之外都不是法律。这让我们向拘泥于字面与现实的圣殿顶礼膜拜。判决具有独一无二的意义，我们除了将其作为一个基准来接受，还不得不将它的逻辑推论作为前进的惟一工具。在这两个极端之间，我们获得了一个关于法
209 律的概念，即法律作为一系列规则、原则和准则，为了某个目的，在适用于新的事物组合过程中，不断地被分门别类、被挑选、被铸造、被修改。在一个不断试错的过程中，判决形成了。在一个不断试错过程中，决定了谁将获得再生产的权利。

三、法律的成长与判决的方法

讲完法律的起源，我来谈谈法律的成长。我主要想谈谈通过司法过程的法律成长。当然，立法也能促进法律成长，不过，立法科学不属于我研究的领域。在时事不断变化、亟需法律发展或延伸之时，法官如何发展和延伸我们前面所谓的一致性的法律体系呢？呼应这种吁求的，只有惟一一种方式，还是在几种方式中进行选择？若是后者，那么，这些方式之间有何区别，在它们之间作出取舍应遵循何种原则呢？诸如此类的推理知识是我们这些法官或律师必备的重要才能之一。我承认，过了大半辈子，我才意识到它的重要性。我刚进入律师界时，总是试图找寻相关权威，将其运用于具体的案件中。只要我确信我寻的权威与案件相互关联，就不太关心其是否正确，即便面临失败与气馁，也冥顽不化地保持对权威的愚忠：只要权威与案件之间具有相关性，只要两者能大致结合起来，法院就应在其逻辑限制下对它亦步亦趋。经历是惨痛的：法院常常并没有沿着我期望的道路前进。但我当时有种朴实的想法，它们可能走错了路或者不小心误读了路标，误入歧途而非故意冒险进入未知的领域。当我作为法官开始应付这个问题时，才从一个新的角度理解它。我发现，创造性因素多得超乎我的想象；曲径分叉司空见惯，路标也若隐若现。庞德说过："没有人逼我们相信，他们（法官）制定规则和建立法律制度是凭空捏造。除了上帝造人，创造不可能无中生有。创造行为汲取材料，并赋予它们新的形式，使其可用于那些未成形材
212 料需要被修正的地方。"① 当然，某些案件只有一条路、一种选择。这是些法律规定非常明了、非常确定的案件。它们堆积成

① *Interpretations of Legal History*, p. 127.

山，令人乏味。另外一些案件则提供了真正的选择机会——不是一个非此即彼的选择：一个选择被人们认为几乎理所当然的正确，另一个则理所当然的错误；而是一个经过周密权衡的选择，其一经宣告，一种新的正确和一种新的错误（标准）即由此产生。当然，在这些案件中，选择的偏好既非盲目，亦非专断的。人们的权衡不是基于突发奇想，而是出于理智。作出选择的法官对其选择的妥当性与明智性的确信程度是不同的。虽说如此，在他的思想里，总存在着一个货真价实、而非名义上的替代选择。这儿有两条开放的、通向不同目的地的道路。分叉路口，没有一个为旅行者树起的栅栏，上写“此路不通”。他必须竭尽智力、鼓足勇气，走向这条路或者那条路，祈祷他选择的不是埋伏、沼泽与黑暗，而是安全、光明、开阔的坦途。

威廉·詹姆斯在那本关于实用主义的书中，[①] 开篇引用了切斯特顿（Chesterton）的一句名言，大意是对一个人最重要的，莫过于他的哲学。对法官工作的反思愈多，我愈坚守这份信念：即便它不适用于所有人，至少适用于法官。当然，这种表述容易召来误解——人们过于强调它，反而使它缺乏真实性。诸如此类泛泛之谈可能为愚昧无知或者好逸恶劳提供了保护伞。惰于研究法律是什么的律师会因此认为，法律研究纯属多余，情操、乐善好施或关于社会福利的一些模糊观念是惟一必需的装备，这正中了他们的下怀。毋庸赘言，这不是我的观点。严格、精确和深奥的法律研究是无可替代的，它是前人智慧的结晶，是我们创造的原始材料。没有它，任何哲学都等于零，就像没有了黏土，任何一

① James, *Pragmatism*, pp. 1, 2.

种美学理论都帮不上雕塑家的忙。法院面对的案件，其判决十分
213 之九（或许更多）都是预先确定的——这是一种命中注定——它们的命运由必然的法律预先确定，而且决定了它们的始终。法院自由活动的空间要相对狭窄一些。过分强调自由容易造成夸大其词。但是总有那么一些领域，司法功能获得了最大的机会和权力。这些领域的司法过程最为人们关注。假如可以自由选择，那么如何引导这种选择呢？无拘无束、不受羁束的完全自由是不存在的。成文的法典、先例、模糊的习惯或无法溯源的技巧，成百上千的限定条件约束着我们、限制着我们，即使在我们自以为可以自由自在漫游的时候。法律的职业观念对我们具有一种神秘的力量，就像空气一样，即使我们没有留意它的份量。分配给我们的任何自由都是有局限的。在为人类服务的过程中，我们如何尽力发挥它的作用？

我发现了司法自由在法律中的作用，还在一年多以前，轻率地发表了一些关于"司法过程的性质"的演讲。我试图将应当服从的力量和运用的方法分为四种。尽管我煞费苦心，划分仍然有相互重叠之处，[①] 但大体来讲，它不无助益，也许够用了。按照节约省力的规则，我现在仍采用这种分类，循规蹈矩总比另辟新径容易得多。在这样做时，我将踩着前人的脚印，阐明我努力揭示的过程，因为分析起来，先例的力量其实也就是习惯的力量。我所说的四种影响力是：逻辑或者类比的力量，为我们带来哲学的方法；历史的力量，指示着历史的或进化的方法；习惯的力

① *Nature of the Judicial Process*, p. 51; *cf*. Professor Cohen's Introduction, pp. 29, 30, Tourtoulon's *Philosophy in the Development of Law*, vol. XIII, Modern Legal Philosophy Series.

量，产生了传统的方法；正义、道德和社会福利的力量，宣示或显现为社会学的方法。毫无疑问，人们有理由批驳将逻辑方法与其他方法相对立的做法。实际上，任何一种方法都不应忽略这种工具。[1] 前提的性质问题比较重要。我们可以将事先确立的某个概念、原则或先例作为前提，根据纯粹推理，逐步发展，及至它的逻辑限度。我们也可以借助相关的外部资源，丰富这些概念、原则或先例，然后在此被修改或遭纠正的前提下运用逻辑工具。 214
实际上，上述两种不同情况对逻辑功能的强调只在程度上有所不同。一种情况是，逻辑工具被作为法律成长的惟一工具，另一种情况则是，与其他工具一同使用。这种分类遵循的原则不是基于类的区别，而是根据程度上的差异。有了这一点保留，我们四分法建立起区分的基础，是与现实相适应。也许只有当这些方法的价值获得评估，其功能得以发挥，其结果接受评判之时，也许只有当标准已经确立，指引我们作出舍此取彼的选择之时，司法过程才能得以理性化。于是，我们可能发现，期望司法过程现在就完全理性化，无论如何都是一种应被抛弃的无稽之谈。但我们不能因此而拒绝竭尽全力。

对实际指导疑难案件判决的力量和方法进行分析，属于法哲学中研究法律成长和发展那部分的内容；确定指导选择的准则，则属于法律哲学中研究法律功能和目的那部分的内容。就上述事情的性质而言，后一种研究更微妙、更不确定。混和各种因素的处方还未发明呢。或许这样的处方根本不可能发明，它只是一种暗示，一个例证，或是一条建议。即便我们永远无法达致综合各

① Cohen, *supra*.

种因素的那一步，分析过程本身就物有所值。仅仅认识到这一真理：在司法过程中可以适用的不止一种方法，可以弹奏的也不止一根琴弦，这本身就是在获得救赎的长路上迈出了一大步。在得到鲍威尔（Powell）教授首肯之后，我想引用他在私人信函中的一段话：我们必须“传播这样的信条：在前进的每一步上，任何信条都不能使我们摆脱选择的痛苦。”[1] 有时候，从先例中可能
215 推出苛刻或荒诞的结论，与社会需要相冲突。法律采取墨守陈规的做法，与现实生活相脱离。在这个节骨眼上，法官最好保持一种活生生的信念：在形成判决之时，选择何种方法是他们自身的职责。当然，我不认为，一种方法能在某个法律部门里持续地适用，以致排除其他方法的适用。互相影响在所难免，即便可能是无意识的。我的意思是，特定案件的判决，特定规则的建立或扩展，都将服从于法官认为具有一定强制力而应当适用的某一技巧。我们至今仍不能从数世纪试验的经验中找到方向。我们不知道自己应该去向何方。在不通人情的逻辑刀锋之下，法官似乎没有选择余地，经常得出冷酷无情的结论。他们会因这种牺牲仪式感到痛惜，却深信手起刀落乃职责所在，尽管举刀的那一刻，目光会变得游离。牺牲者被摆在规律性的祭坛上，奉献给法学之神。如果有人想寻找例证的话，可以参看庞德院长有关“机械法理学”[2] 的论文。我想，如果更合理地分析法律的成长，更深入、真实地理解法律的方法，使祭师们聆听到不同声音的呼喊，会发现这些牺牲许多都是无谓的。明白了这一点，我们就应当看

---

① *Cf*. Dewey, *Human Nature and Conduct*, pp. 239, 241.

② 8 *Col*. *L*. *R*. 603.

到，同对其他领域的科学一样，这些魔幻的咒文咒语对法律科学也是毁灭性的。对方法进行分类和区分，是让其担当起真正的任务和使命，成为达致目的的手段，其自身却绝非目的。想从文字、规则和仪式中找到心灵的宁静，这个希望只是一种幻想。[①]我们期望，将实际情况与规则相匹配，发现其中的一致，然后无所畏惧地公之于众，由此获得心灵的满足。然而，随着不断出现的众多新事务或新事件，迫切需要追寻令人确信不疑的公正，这要求我们涂抹规则、修正规则，限制规则，甚至删去规则，尽管它们墨迹未干。对抗的情绪，心理的抵触，往往强烈得无法抗拒。杜威教授谈及道德问题说的那番话，[②]就法律中的最深层问题而言，也是切实的，尽管程度不同，但大体近似；只要是现实 216
问题，它们所涉及的情况几乎总是非常独特的。没有什么可以将我们从“每一步的抉择痛苦”中拯救出来。

人们渴望获得机械的、形式的检验，我从未低估这种情感。在法律的某些领域，这些检验既是有用的，也是可行的。抉择的痛苦在于很难将这些领域与其他领域区别开来。我们必须忍受这种痛苦，方法的单一可能令我们撞到暗礁。变动，几乎每时每刻都在发生，它是法律必须承受的祸因，否则我们可能招来其他更可怕的祸因。我们只有理解了法律如何发展，才有希望去把握它。在凯恩斯（Keynes）的新书中，有一些关于可能性逻辑的思想，就此问题而言，它们对律师和法官的意义重大。凯恩斯认为：“很多学科的逻辑，所有论点的目的均在于达到说明的确定

① Holmes, “the Path of the Law,” *Collected Papers*, pp. 167, 180; Pound, *Criminal Justice in Cleveland*, p. 562.

② *Reconstruction in Philosophy*; *Human Nature and Conduct*.

性，例如三段论或者几何学。它们希望得出结论性的东西。不过，也有其他许多论点都是理性的，主张某种价值，并不假装去获得确定的东西。在形而上学、科学和操行学中，我们习惯将合理信念建诸其上的大多数论点，或多或少都是非结论性的，这一点已成通论。以哲学的态度对待这些学科，可能性研究必不可少。逻辑学发展的思想史鼓舞了下面这种观念：没有定论的论点不在其范围之内。但是在运用理性的实践过程中，我们并不停留在确定性上，也并不认为依靠一个没有定论的论点是非理性的。如果运用逻辑探讨有效思维的一般原则，研究具有某种价值的合理论点，与研究说明性论点一样，都是其重要的组成部分。”[①]所有在法律的发展中占据一席之地的人，心里都要明白上述区分。在发展某个原则或者先例时，我们往往将其视为寻求确定性的结果。这是对其起源的误解。只有在极为罕见的例子中，才可能发现或者探寻确定性。原则或先例往往是寻求可能性的结果。原则或判例一旦产生，萌芽时的胎记将伴随其存在的整个过程。实际上，它们只是一种暂时的假说，在怀疑和痛苦中诞生，它们
217 具有的自我调适成份，使其在诸多可能性相互竞争中脱颖而出。[②]
毋庸质疑，当我们努力从原本是相对、暂时的前提中演绎出绝对、永恒时，只能满怀失望，以混乱告终。我们对法律的形成，或者最起码的，对其现在所处发展阶段研究越多，就越能感觉到，自己正沿着一条向目标渐进的路线前进，其所遵循的逻辑，

---

① J. M. Keynes, *A Treatise on Probability*, p. 3. *Cf*. Charles S. Pierce, *Chance, Love and Logic*, p. 64.

② *Cf*. Holmes, vol. I, *Continental Legal History Series*, p. 46.

不是寻求确定性，而是满足于结论根植于可能性之中。[①]

上面说的是一般情况，现在，让我举例说明吧。我找的是这样一个例子：存在着一个从多种方法中择其一的机会，这一选择将决定结果。纽约上诉法院在 Ives *v*. The South Buffalo Railway Co. 一案中作出的判决可能就是一个好例子。[②] 你们可能记得，在该案中，1910 年《工人赔偿法案》（Workmen's Compensation Act）被宣告违宪。该法案要求雇主为了在雇佣期间因工负伤的被雇佣人的利益向一个保险基金出资。法院认为，不考虑雇佣人的过错问题而索取捐助，是未经正当程序、剥夺雇主的财产。这是一个存在方法选择可能的案子。不过，我的目的并不在探究这个选择是对抑或错。该判决涉及的州宪法问题，已为州宪法修正案取代。[③] 它涉及的联邦宪法问题，已为最高法院否决。[④] 此时，我所关心的是方法的选择问题，它潜藏在法律问题背后、决定本案的结果。一方面，在共和国的创立者那里，财产权被确立为永恒、绝对的。除历史和判例作出的极为狭窄的限制之外，任何损害财产权的行为都是不可容忍的。当时，在社会改良方面还未试验出任何新路。这是个理想的图景。最小的缺口或者擦痕都有损

① 我饶有兴致地发现，Tourtoulon 在 *Philosophy in the Development of Law*（最近也有人将其译为：Philosophy in the Modern Legal Philosophy Series）一书中看到了这些多变的和暂时的力量在整个历史中的作用。他谈道："在我看来，法律史学最自然的结论就是机会哲学。它用对可能性的研究取代了对确定性的研究，在其他人仅仅希望看到一种虚假的朴素时，它显示了原因的复杂性。它允许人类尽可能地利用可能性以及自身的无知。它激发了一种不无助益的怀疑主义，不是否定的怀疑主义，而是审慎的怀疑主义，这种善意、谨慎和透彻的怀疑主义将是人们进步最得力的工具。"

② 201 N. Y. 271.

③ Southern Pacific Ry. Co. v. Jensen, 215 N. Y. 514.

④ N. Y. C. R. R. Co. v. White, 243 U. S. 188.

它的精华。在此前提之下，结论是无可选择的：保障个人不受社
218 会侵害的权利遭到了该法不当的损害。哲学或者逻辑的方法被运用到了极致。相反的观点要想被接受，只有另辟蹊径。该法案的反对者视为绝对、永恒的财产权，却被该法案的支持者视为有条件的，将根据时间、空间、环境和程度的不同而变化。在历史的某一阶段对财产权所作的限制，在另一阶段可能是不适当的。逻辑并非法律前进的惟一工具，它与社会科学一起，促成了法律的前进。为了方便，我们可以将我们的结论设计成一般命题，却应当记住，它们实际上不过是些有效的假说而已。① 如果列举了材料、形式和有效的方法，却排除了终极目的，根据就是不完全的。追溯起源、由起源开始演绎，并不总能达到真理。只有盯住目标，我们才能达到目的地。

人们会发现，在作为法律里程碑的其他判例中，同样存在着紧张的分歧，被选择的方法之间也同样存在着对立。我们可以从几年前，甚至几个月前的案子中发现同样的情形，诸如租金案②、涉及亚利桑那州立法在资方与劳方产生争议时限制提供禁令救济的案子③ 以及最低工资案。④一类人在思想中树立起一个关于合理豁免权或传统豁免权的规范或标准，由此推出特定情况下人们最大程度可接受的结论。另一些人则“从值得考虑的重要事实”，包括“对邪恶与救济的普遍公共看法”中，⑤ 寻找标准，

① *Cf*. Dewey, *Human Nature and Conduct*, "The Nature of Principles," p. 239.

② Block v. Hirsch, 256 U. S. 135; Marcus Brown Holding Co. v. Feldman, 256 U. S. 170.

③ Truax v. Corrigan, 257 U. S. 312.

④ Adkins v. The Children's Hospital of the District of Columbia, 261 U. S. 525.

⑤ Brandeis, J., in Truax v. Corrigan, *supra*.

但也并非仅局限于此范围。当然，它们的差别最终只是程度上的。任何一个绝对论者都不会毫不妥协地宣称：平等或者自由的准则一定能丝毫不差地被贯彻执行。在自由与特许（license）、一致性和多样性之间，不可避免地存在着一些妥协。必须承认有例外，关键在于确定承认例外时应遵循的原则。我们应当从自身，从关于理想社会的观念模式中寻求它？或是从历史中寻求它，认为它既未受到时间的侵蚀，也没被时间所神化？还是从“社会生活的紧要关头”[①] 所产生的现实需求中去寻求它？我们 219
的标准应该是一个形而上学的概念，一堆历史数据，还是一种活生生的需求？你的回答不同，获得的结果也不同。当我们假定某一方法是至高无上的，假定我们掌握了某一方法推出的真理或表面真理，却不用其他方法推出的真理检测与试验它就接受了它时，麻烦往往就来了。我们不应该在形而上学的概念或历史数据前卑躬屈膝，也不应该在生活的需求面前合上双眼，然而，我们也不应该从突然迸发的每一种奇思怪想中寻找生活的需求，否则会将历史与理智的模式击得粉碎。[②]

前面的例子主要取之于公法领域，在私法领域，耕种者采用的方法不同，产出的东西也一样不同。第三者对合同具有什么样的权利？这一主题的发展应当依据对完美图景的想象吗？犬牙交错或盘根错节，无论带来多少便利，都应当作瑕疵而被禁止吗？固守合同联接的概念，就应当说，当事人由此关系而联接，当此联接被错误地切断时，其他任何人都不能获得法院的救济吗？英

---

① Vander-Eycken, *Methode Positive de I' inerpretation Juridique*, p. 401; see my *Nature of the judicial Process*, p. 122; Pound, 44 *Reports Am. Bar Assn.* for 1919, p. 457.

② *Cf.* Meyer v. Nebraska, 262 U. S. 390; Bartels v. Iowa, 262 U. S. 404

国法院忠实于先定的概念，不会接受不符合逻辑演绎的结论。在任何情况下，偏差（即便有）都是罕见的、值得怀疑的。我们美国法官更容易使逻辑服从效用，以致于对第三人及合同受益人的救济，起初只是勉为其难，现在却成倍增长，并逐渐扩展。①这一发展仅仅侵犯了合同相对性这一传统大本营的一方面，却正在扩展到整个战线。在纽约，只要制造的产品可能对生命造成威胁，不管合同的相对性，都可以依据侵权法针对有过错的生产者申请救济。② 随着这种救济适用的范围不断扩展，被列为危险的事项也持续增加。这种扩展始于 Thomas *v*. Winchester③ 及有关销售有毒物质的判例。一直到诸如脚手架④ 和汽车⑤ 等东西，甚至包括馅饼和蛋糕，如果在其中发现了钉子或者其他异物等说明
220 书中未提及的配料。例外还从侵权法领域，一直扩展到处于侵权法与合同法之间的模糊地带。缺乏合同的相对性，并不使人丧失对一个公共核秤员提起诉讼的权利：后者根据某人的要求提供物体重量的证明，明知该证明将影响另一个人的行为。⑥ 但即使在美国，这种通行做法也并不统一。最近，在一些生产商因过错而被受害人起诉的案子中，⑦ 麻省法院却适用了合同相对性的要求。逻辑和效用仍然在争夺控制权。

在分析促成法律起源与成长的原则时，我竭力劝告大家要警

---

① *Nature of the Judicial Process*, p. 99.

② MacPherson v. Buick Mfg. Co., 217 N. Y. 382.

③ 6 N. Y. 397.

④ Devlin v. Smith, 89 N. Y. 470.

⑤ MacPherson v. Buick Mfg. Co., *supra*.

⑥ Glanzer v. Shepard, 233 N. Y. 236.

⑦ Pitman v. Lynn Gas & Electric Co., 235 Mass. 322.

惕下面这些观点：某个原则是至高无上的；某个原则永远优先于其他原则；逻辑必须屈从于历史、历史必须屈从于习惯或者所有一切都应屈从于社会福利的构成因素——正义或者效用。即便社会福利真的是最终的试金石，“确定性与秩序本身就是我们试图发现的社会福利的一部分。”[①] 迄今为止，我的努力与其说是提供选择毋宁说是进行分析、我想表明不同方法将导致不同结果，而非确立一个指导优先性的标准。只有法哲学中研究法律目的与功能的那部分才能阐明选择应遵循的原则。我们设想：一批先例涉及的领域与我们目前面临问题的领域存在着或多或少的类似。类比之间时常是相互竞争的。我们应该舍此取彼吗？应该在哪条路上奋力向前？如果以逻辑为向导，那么，这种逻辑应当是一种类比的逻辑、从此原则演绎下去，还是根据另一种来源的逻辑、从彼原则演绎下去？应当明白，你不是仅在逻辑与历史，逻辑与习惯，或者逻辑与正义之间作出选择。冲突经常是发生在逻辑、类比或者它们自身之间的一场内战，而社会效用以仲裁者的面目介入其间进行调停。选择无可避免。为了作出理智的选择，必须明白两件事。面对一个问题，无论我们沿着这条路线还是那条路线来遵循一个原则、规则或先例的指导力量，都必须明白，该原则、规则或先例如何发挥作用，我们需要达到的目的是什么。对 221
这两方面的探查密不可分。但既然这是两个截然不同的探查，我们下面首先研究法律的目的或目标，稍后再来讨论法律的功能。

① See my *Nature of the Judicial Process*, p. 67.

222

四、法律的功能和目的

"创造法律或发现法律，使用哪种称呼，"庞德说道，"取决于一个人在做什么和为什么这么做的心理状态。"[①] 如果相互冲突的方法均可适用，对过程意义的理解将左右我们的偏好。阐明法律的目的，这是一本专著的任务。我可不想在一篇演讲中堆满各类偏方。一个充足的理由是时间不够，如果还需要其他理由，我当然也可以找出来。只要能使你们意识到法律与哲学之间的关系，此次演讲的目的就算达到了。罗斯科·庞德对法律目的的分析，是迄今以来最成功的总结，至少在英美法系中可以这么说。显而易见，某些法律部门需要通过显而易见的方法获得确定与有序，以及一种严格的、从某种意义上讲近乎机械的正义。他将继承、财产权益的确定与转让、商法以及债务的发生与让与等归入此类。[②] 如果他按照我理解的划分来分配这里适用的法律方法，他会说是逻辑、历史和习惯的方法。另外一些部门则更需要灵活的准则，能够适应变化环境中的不同需求，而不是机械适用的刚性规则。他将侵权法、公用事业法、信托关系法以及与操行（conduct）相关的那些法律部门归入此类。[③] 如果他按照我的划分来分配这里适用的法律方法，他会优先考虑社会学的方法。密歇根大学的森德兰（Sunderland）教授最近写了一篇文章，区分了实体法与程序法对灵活性与确定性的不同需求，非常具有说服力。[④] 毫无疑问，此方法与彼方法相互混和、缺乏明显界限的边缘地带是存在的。一方面是确定性，另一方面则是正义，一方面 223

---

① *Introduction to Philosophy*, p. 59.

② *Introduction to Philosophy of Law*, p. 139; *cf*. Stammler, 21 *Mich*. L. R. 873.

③ Pp. 138, 140.

④ 5 *Am*. *Law School Rev*., p. 73, Mar., 1923; 29 *W*. *Va*. *Law Quart*. 77.

是对逻辑的遵从，另一方面则是对效益的追求，判断哪一个相对更有价值将涉及对值得促进的不同社会利益的评估。然而，这是任何一个法学理论大家都未能完全算出来的微积分。①庞德提出了真知灼见，② 却仍是暂时的、尝试性的。用斯通院长的话来讲，社会法学仍然需要发展出一套准则与原则，“人们可以讲授它们，解释它们，使之成为法官与法学研究者在方法论上的指引。”③ 现在，它的价值却在很大程度上是消极的。④ “它提醒法官和法学研究者，在作出创造性判决的时候，不能也不应当仅适用逻辑方法和历史方法。它指出，在选择决定结果（社会效用）的特定方法时，客观存在的通行道德，可能使局面完全改观：选择此方法而放弃彼方法。”⑤ 即便对方法的分类可能在某一时间、某一地点是完美的，也不可能是终局性的。上一代人认可的善并不总是下一代人的选择。无论是对道德家，还是对法律工作者，研究社会现象得出的普遍化结论，“不是决定疑难案件的固定规则，而是调查使用的工具，是使以往经验的价值有助于审视当下困境的方法。”⑥如果社会学的假说被视为结论性的，由于这种比

---

① Albertsworth, "Program of Sociological Jurisprudence," VIII *Am. Bar Assn.* 393, 396; *cf.* Bentham, *Principles of Morals and Legislation*; Windelband, *Introduction to Philosophy*, 227, 229; Vander-Eycken, *Methode positive de l' interpretation juridique*; Tourtoulon, *Philosophy in the Development of Law*, XIII Modern Legal Philosophy Series, p. 479, 486.

② Pound, "A Study of Social Interests," vol. XV, *Papers and Proceedings of American Sociological Society*, May, 1921.

③ 22 *Col. L. R.* 382, 384.

④ Albersworth, *supra*.

⑤ Stone, *supra* also 23 *Col. L. R.* 328; *cf.* Lepaulle, "The Function of Comparative Law," 35 *Harv. L. R.* 838.

⑥ Dewey, *Human Nature and Conduct*, pp. 240, 241.

逻辑方法更致命的刻板，或者，确切点说，由于它自己的这种逻辑，社会学将因此僵化。用杜威的话来讲，"这是一个持续不断、至关重要的重新适应问题。"①

在我们目前的知识状态下，面对两个或更多相互冲突的社会利益，法官，如同立法者一样，将根据糅和多种因素的判断，来评价它们的相对价值。这种评价取决于法官一生的经历，取决于他对有关正义与道德的通行标准的理解，取决于他对社会科学的研究，最后，在某些时候，取决于他的直觉、他的臆测甚至于他的无知或偏见。这张网盘根错节、混乱不清，斑驳不一的阴影和五彩斑斓的颜色交织在一起，网上的绞丝参差不齐、支离破碎。 224
许多东西看起来式样单一，一经分析，却发现是一个复杂而不确定的混合体。我们习惯地视为标准与理想的正义，在不同时间、对不同思想，都意味着不同的东西。将正义的标准客观化，甚至仅仅描述它，也从未真正成功过。② 亚里士多德区分了矫正正义（corrective justice）、分配正义（distributive justice）与普遍正义（general justice）。③ 这种区分对我们的用处不大。我们追寻的正义，不仅仅是权利与义务已由法律确立、人们视为理所当然的正义；我们追寻的正义，是创造法律时就应当遵循的正义。在此意

① Deway, *op. cit.*, p. 240.

② Geny, *Science et technique en droit prive positif*, vol. I, pp. 49, 50; vol. II, p. 389, § 171; Geny, *Methode l'interpretation*, etc., vol. II, pp. 107 – 110; Vinogradoff, *Historical Jurisprudence*, vol. II, p. 45; Duguit, *Traite de droit constitutionnel*, vol. I, pp. 49 – 53; H. Spencer, Justice, *The principles of Ethics*, vol. II, § 272, P. 45; Tourtoulon, *Philosophy in the Development of law*, vol. XIII, Modern Legal Philosophical Series, pp. 266, 479, 492; also p. 36 of Professor Cohen's Introduction; Pollock, *First Book of Jurisprudence*, p. 30.

③ Vinogradoff, *Historical Jurisprudence*, vol. II, pp. 45 – 57.

义上，正义是一种比仅仅遵从规则更微妙、更模糊的概念。经过一切努力，在某种程度上，它仍然只是一个热望、一种令人兴奋的态度以及对美好事物的渴望。施塔姆勒在最近一篇文章中说道："正义根据完美社会的设想，为特定的法律意志指明了方向。"① 我们甚至可能发现，谈论正义时，其在我们头脑中反映的特质是仁爱，尽管这一特质常常与其他特质发生冲突。② 正义的成份如果单独存放，可能发酸，将它们灌在一起保存，不但特性不变，而且更为香甜。你可以提出自己希望的配方。人们训练有素的味觉，将从整体上作出判断，接受或者拒绝它。

在此溶合体中产生的规则很可能并没多大用处，除非这个不断创造的过程证明其具有发展前途。"你不应为了便利或实用这样的蝇头小利，偏离历史或逻辑确立的规范，否则所失将远远大于所得。你不应为了遵奉对称或有序这样微不足道的事情，使衡平与正义确立的规范蒙尘，否则将得不偿失。"诸如此类的道理尽人皆知。我们仍然应当认识到，表面上枯燥无味、含糊不清的戒律，具有人们意想不到的意义，隐藏着不为人所知的活力，只有虔诚的人，那些寻求绝对真理，并尽其所能遵循和服从的人，才能一睹真容。两极之间，还存在着可以尽心调整的空间，两极
225 发出的辐射力将影响所有这些调整，使其摇摆不定。当新问题产生，衡平和正义将指引我们的思想找到解决方案，仔细审视这些方案，人们会发现，它们符合对称与有序，甚至成为一种崭新的对称与有序的起点。接着，逻辑方法与历史方法，包括先人智识

① 21 *Mich. L. R.* 889.

② Tourtoulon, *supra*; Professor Cohen's Introduction, pp. 36, 39.

创造的无数方法，又会激励新的途径诞生，以实现衡平与正义。我们可以在诸如诗歌与散文等文学作品中发现类似的现象。人们寻求恰如其分的词句、赏心悦目的语言，来表达思想，但是，当人们找到这些语言时，也在某种程度上重塑了思想本身。我们的束缚中也包涵了解放。格与韵的限制，时间或均衡的紧迫需要，有时却解放了其所限制的思想，一种在监禁中的解放。

当然，事实上，在法律的发展过程中，包括在其他思想领域的发展过程中，我们从来不可能使自己摆脱对直觉或灵机一现的依靠，它们超越并改变了纯粹经验对我们的影响。温德班说道："伟大的历史学家毋须苦候心理学家的研究与试验结果。他们运用的是日常生活的心理学。它将人类的知识、生活的经验以及常人的心理学与天才、诗人的洞察力结合在一起。然而，还没有人成功地将这种有关直觉判断的心理学变成一门科学呢。"[①] 这些话不仅对历史学家，对法律工作者也是确切的。格雷厄姆·华莱斯（Graham Wallas）的评论就带有这样一种根深蒂固的观念，尽管不是很明确：最高法院法官的身上应当带点诗人的气质。[②] 审查和分析社会现实，可以向我们提供创造性精神赖以产生的材料，但是，在创造的过程中，人们的创新将超越这些被吸收的东西。惹尼（Geny）在《法律的科学与技术》（*Science and Technique of Law*）一书中提醒我们，这种有关法律发展的观念如何与近代哲学的基本思想相适应，特别是如何与柏格森及柏格森学派的哲学相适应。"他们说，我们有必要用本能的韧性，完善和改变理

---

① *Introduction to Philosophy*, pp. 206, 207.

② Wallas, *Our Social Heritage*, p. 194.

智的刻板，用一种理智的同情心，聆听宇宙万物的秘密。”① “这
226 种新哲学，在‘直觉’的名义之下，鼓吹一种比纯粹理性更精致的知识模式，一种将自身置于现实正中心的知识模式，”从内部而非外部去洞察。② 我们毋须成为任何认识论的门徒，无论是柏格森还是任何其他学派，来发现存在于创造性过程与法律发展过程之间相似之处。过程将显示形式、组成部分及其组合具有相同的多样性。③ 分析与综合交织；演绎与归纳交织；推理与直觉交织。用若尼的话④ 来讲，这是“一个极端错综复杂、充满微妙差别、至始至终都渗透着诡辩术与辩证法的过程，一个混和了分析与综合的永恒过程，在此过程中，由理智与意志确定的先验方向（*a priori*），是获得合理结果的后天过程（*a posteriori*）的先决条件。”细致处理具体的个案与事例将培养艺术固有的创造力。纯粹机械地重复适用规则至多只能产生一个拙劣的工匠。“艺术活动展示了一个意识与无意识相互作用的过程，这是永远无法用理性解释的……创造伴随着有意识的批评，但是成功的实质因素不是投机取巧和精打计算，它来源于生命最深处的无意识，是一个幸运的偶然。”⑤ 因此，庞德说道：“经验丰富的工匠充满信心地运用直觉。这种直觉包涵了无数的细节和微妙的差别，形成于

---

① Geny, *Science et Technique en droit Prive Positif*, vol. I, p. 80, § 26.

② Geny, *supra*; *cf*. Pound, “The Theory of Judicial Decision,” 36 *Harv. L. R*. 951.

③ 在冲动与习惯之间存在着相互作用，Dewey 教授在近著：*Human Nature and Conduct* 中揭示了该问题。

④ *Ibid*., vol. I, P. 211, sec. 67.

⑤ Windelband, op. cit., pp. 321, 322. “如果法律知识是一门科学，那么可以无须推测就证实：应用法律知识的方式确实构成了一门艺术”（Ransson, “*Essai sur l' art de juger*,” p. 21）.

日积月累的经历之中，只有通过不断试错、合理地包容与淘汰，直至有效的行为模式变成一种惯习，才能拥有这样的经历。"[①]他还说道："不管支撑结果的推理是否正确，判决结果却往往是正确的，这是潜心研究司法判决的人司空见惯的现象。法官千锤百炼的直觉总是能够将他引向正确的结果，至于要其给出无懈可击的法律推理时，却是勉为其难。"[②]这并不意味着，在法律中，人们可以指责规则毫无用处，在艺术中也同样不能。方法论提供了钥匙，却无法使我们易如反掌地发现和揭开秘密。它给我们的，与其说是一把钥匙，不如说是一条线索，如果我们想汲取它的精华，必须自己逐步建立和发展它。

分析各种社会利益及其相对重要性，是律师与法官在解决问题时必须利用的线索之一。这一研究本身已发展成一门科学。当 227
我们赋予某学科一个具体名称时，也许并未能阐明它，但在某些人看来，如果选择了一个有力的名字，就能增加它的尊严。我们探寻的这个领域就有一个深奥的名称，足以满足上述条件。在道德、社会和美学领域评估相对价值，哲学家将这项研究称为价值论（axiology）或有关价值的科学（the science of values）。[③] 法官必须不时地借鉴这门科学的结论，然而，借鉴这些结论必须受到某些约束，即限制法官接受或拒绝自由的那些约束。当立法者已宣告某一社会利益优先于另一社会利益时，法官个人或主观的价值评判必须服从这一宣告。他不能因为确信成文法的条款表现了一种错误的价值论，而推翻它或宣布其无效。即使立法者没有宣

① "The Theory of Judicial Decision," 36 *Harv. L. R.* 952.

② Pp. 9, 51.

③ Windelband, *op. cit.*, pp. 209, 217.

告，法官作出的价值评判，也应当依据客观的而非主观的标准，依据社会上通行的思想和意愿而非自己独特的行为模式和信仰。[①] 上述两类标准通常是一致的。如果公共思想或意愿无法达成一致，就不可能有成文法、习惯法以及其他外在的规定。此时，法官除了遵从自己的价值规范之外别无选择。在这种情况下，客观的意志与主观的意志交融在一起，他将受自身而非其他任何人价值论的引导。

我们无庸担心，个人对社会的这种服从会使伟大的思想和精神丧失展露头角的机会。事实上，我们追寻的是某种外在的东西，一种由习惯和公众信念表达出来的规范，但是这种发现一经宣告，就会演化成一条新的规范、一个新的标准，习惯和公众信念也会倾向于遵从它。衡平法院施行了那条伟大原则：受托人不应当从信托中获益，甚至不应当置身于其私人利益与受托义务相
228 冲突的位置，这种做法提高了商业信誉的水平，唤醒了可能蛰伏的良知，对此谁会怀疑呢？狄骥对此问题的探讨可谓深得其精髓。法官应当审查社会事实的集合体，“司法规范”应被视为后者的一个产物。在社会事实中，“实在法、人们实际遵从的习惯、经济需求以及对实现正义的热望”最为重要。[②] 审查社会事实尽管是法官职能的核心，却非全部。[③] 法官解释社会良知，在法律中实现它，这么做的同时，却也有助于其解释的社会良知的形成和修正。发现与创造相辅相成。

我尝试性地探讨了哲学在涉及法律的最终目的时所必须面对

① *Cf*. H. Krabbe, *The Modern Idea of the State*, pp. 99, 100.

② Duguit, *Traite de droit constitutionnel*, vol. I, pp. 79, 83.

③ Pp. 80, 83.

的一些问题。我做的只能算是一个前言，尽管是一个较长的前言。我想让大家注意，在涉及律师或法官必然遇到的现实问题时，这种哲学所起的指引作用。当然，强调获其帮助的重要性，并不表示仅此足矣。在规则与原则的发展中求助于一种法哲学，先决条件是我们了解这些意欲发展的规则与原则。对此，霍姆斯同以往一样，总有精彩言论。他说："如果一个人对所从事的事业，拥有一套有效的知识，就可以更自在地享受悠闲，而毋需一有时间就花在阅读所有公开的判例上。它们可能只是法律思想变迁中很小的一部分。"[①] 在法律中，就像在其他科学中一样，必须学习许多现成的知识。如果必须用法定货币支付旅费，它们就是我们口袋里必备的银币。在口袋装满钱之前，我们最好就呆在家里，哪里也别去。我估计，这就是霍姆斯所谓的有效知识。我们必须像律师那样相互交谈，否则就会相互误解。只有建立了这一共识，在开始哲学探讨前，我们才能少费口舌。

让我来假设：有一个案子，还没找到权威的先例。这里所有的绅士们，或者说，你们中的大多数，都幸运地收到一纸聘书，成了这个案子的律师。我是一位思绪纷乱的法官。你们搜索了判例汇编、百科全书、专著以及法律评论。这四种材料全是律师们 229
钟爱的，蕴含着潜在的胜利，也有足够的权威压倒法庭上的怀疑，然而，那个权威判例，那个隐藏在这些法律书籍下面的珍宝，却一直都没露面。熬夜的搜寻只获得了一些疏远模糊的类比，它们既可以为这方所用，也很容易为另一方所用。你用什么

① *Introduction to a General Survey of Continental Legal History*, vol. I, Continental Legal History Series, p. xlvi.

来说服法庭？我又会作出什么判决？也许我们双方都未充分理解这个过程的意义。我们大脑里浮现的，大多数是下意识或者近乎于下意识的东西。但是，当完成任务，扪心自问自己做了些什么时，只要坦率作答，就会发现，在使用自己拥有的这些方法时，我们是在扮演哲学家的角色。

一年多以前，我所在的法院碰到了一起案件，可以说明我的意思。[①] 一个男孩到河里游泳，爬上了一张从岸边伸出的跳板。当他站在跳板尽头、准备跃入水中之时，一根电线落在了他的身上，他被卷入水下，死了。在接下来的索赔诉讼中，女遗产管理人的辩护律师和铁路公司（事故发生地的所有权人）的辩护律师运用的类比旗鼓相当。女遗产管理人发现，公路旅行者的身份有利她进行类推。该男孩是一个在可游泳水域里游泳的人，其权利不能因脚踩在岸上而减少。所有权人则发现，土地侵入者的身份有利他进行类推。那个跳板，尽管它伸于水面之上，却是一个附着物，因此可以被推定为属于其所附着的陆地的一部分。因此，该男孩是私人土地的一个侵入者，土地所有人的惟一义务是避免恶意的或不负责任的伤害；不具备这些因素，死亡就不能获得赔偿。这些类比在这里像一段辩证法，使法官走入了一个死胡同。纯粹的逻辑推理过程无法使法官在它们之间作出选择。这两种类推都不十全十美，却都有合理之处。这里出现了一种新情形，无法原封不动地套入原有的模式。在这种情形下，此法官或彼法官
230 所认可的选择，在很大程度上将取决于该法官对法律目的或法律责任的功能的认识；这种有关目的和功能的问题则是一个哲学问

① Hynes v. N. Y. Central R. R. Co., 231 N. Y. 229.

题。

在我引证的这个案例中，大多数法官认为应当判决（土地所有人）有责任。从预先确立的定义出发进行推论，应当从属于或适应于法律体系中决定或应当决定行为责任的基本原则，在这种体系中，责任与法律所服务的宗旨是相适应的。① 当 1921 年 5 月，Hynes *v*. The New York Central Rail Road Co. 一案宣判之时，庞德院长的《法哲学导论》（Introduction to The Philosophy of Law）尚未出版。它于 1922 年才面世。他在这些演讲中发展了一个有关法律责任的理论，将它与上述判决中反映的责任理论相比较是一件趣事。他说，"法律实现自行为、关系与环境而生的合理期望。"② 根据上述标准，男孩从跳板上跳水的动机应当受到鼓励还是抑制，我想留给其他人来讨论。我在这里说到此足矣。在类推模棱两可、先例悄然无声的新情形下，通过缩小或扩大权利和救济范围以满足某种法律责任理论，某种目的哲学，就成了判决的基础。目前的情况是，当法官通宵达旦地面对需要紧急处理的案件时，经常必需临时创造这样的理论和哲学。他时常要摸着石头过河，模糊地认识到已触及此类问题，但无法抓住那个使其在某原则激励下更快作出判决的一般性因素。如果缺乏合适的哲学，他将完全误入歧途，最好的结果也不过是陷于经验主义的泥潭不能自拔，仅凭细枝末节就枉自宣判。我们必须明白，所有的方法都应被视为工具，而非偶像。我们必须用其中一些方法来验证另一些方法，补充和加强存在缺憾的地方，以便在需要的时

① *Cf*. F. H. Bohlen, "Mixed Questions of Law a Fact," 72 *Univ. of Penn. L. R.*, pp. 111, 120.

② P. 189.

候，为我们所用的任何方法都是最好的、最有力的。这样看待它们，我们会发现，它们往往不是相互对抗的，而是同盟军。

实际上，许多为某一学派摇旗呐喊的法律工作者，无意中却
231 援助、鼓舞了另一学派，他们甚至应当改弦易帜。人们经常将历史法学派与社会法学派相对立，它们之间也存在着重要区别，然而实际上，那些公然宣称在宣判案件时使用历史方法的人，并不比那些宣称使用社会学方法的人更忠于历史学派的价值，并且，他们看起来更乐意注重通行的公益与福利标准。以历史法学派的观点来看，“不是立法者，而是民意（folk - spirit）创造了法律。立法者惟一要做的，就是将民意表达的东西记录下来。为了达此目的，有必要对民意的真正涵义进行系统研究，以给予其足够的指引。”[①] “法律不是人类意愿的产物，而是一个共同的信念。”[②] 历史法学派多半夸大了法律发展中的非意识、非意志因素。然而，如果接受这种假定，他们亟需的不是对过去的盲目再现，而是对现状的细致探究，以这种假说的确切术语来讲，法律是当前人们信念的表达，而非过去信念的表达。如果我们不从通行的公益与福利标准中寻找，又能去哪里寻找呢？一旦忽视了历史动态的一面，我们就会采取一种错误的、偏颇的历史观。法律年鉴可以告诉我们一个原则或规则是怎样开始的。它们却不会告诉我们，那些开始的地方也就是终点。

我所在法院的最近一个判决可以再次说明我的意图。不久之前，在 Oppenheim *v*. Kridel, 236 N. Y. 156 一案中，我们主张，

---

① Stammler, "Fundamental Tendencies in Modern Jurisprudence," *21 Mich. L. R.* 647.

② *Ibid*., p. 650; *cf*. Duguit, *Trait de droit constitutionnel*, vol. I, pp. 56, 72.

女人，和男人一样，可以就通奸行为（criminal conversation）提起诉讼。下一级上诉法院却判决这样的诉讼不成立。为了说明该女人缺乏资格，他们引用了科克爵士时代的先例。在那个时代，人们口口声声宣称男人对妻子的身体享有财产权。然而，妻子对丈夫的身体却不享有任何权利。那个时代还强调这样的规则：妻子不能对任何违法行为提起诉讼，除非其丈夫与她一起作原告。对这些先例，我们不会视而不见，却主张它们不具有决定意义。社会、政治和法律的变革改变了两性之间的关系，妇女与男子被置于平等的地位。基于过往不平等的假设作出的判决，适应不了当 232
前的现实，也不应将其作为当前生活的规则。[1] 这两个法院都将历史方法作为判决工具，运用的结果却正相反。一个法院解释法律史时，满足于将古时法律年编上的先例作为终局性结论。另一个法院发现的却是一条思想的溪流，一种趋势，一个逐渐向目的靠拢的运动。然而，哪一个法院更名副其实地使用了历史方法？哪一个法院显示了更明智、更彻底的忠诚？决定判决的意义，是应当将它们放到我们的时代、并将其视为我们时代和思想的产物，还是应当将其视为从属于它们发生的年代、是它们时代的产物、它们时代的信念与习惯的表达？

如果将历史作为历史，而非一个纯粹空洞的编年史来阅读的话，我们需要一个选择的过程。正确理解与运用这几种方法，可以令它们相互校正、相互检验。除非通过追寻目标来检验、并从中获得启示，仅仅求助于起源是徒劳无益的，还可能误读它们的意义。我们必须学会运用工具、使用方法，不是单个地，而是一

---

① *Cf*. R. v. Jackson, 1891, 1 Q. B. 671.

起运用。结合使用这些方法，它们是前进的工具。未能结合使用，仅仅使用了一种方法或使用了一种方法而排斥了另一种方法，往往成为许多错误的源泉。如果缺乏基于精确分析的理解——这种分析是任何真正合理综合的基本前提，那么，对于我们需要的结合，我们也只能达到反复无常的、令人怀疑的结果。庞德院长说道："当法院意识到自己正在作些什么时，收获将更多，而且还能够促使他们有意识地尽其所能将事情做得最好。"[①] 这就是研究法哲学带给我们的最大启示。它使我们明白了一个伟大原则："汝不应当崇拜偶像，亦不应当崇拜任何箴言或法则。"[②] 实际上，有的时候，我们似乎没学到任何东西，会怀疑自己的劳作与牺牲是否有用。我们应当告诉自己，寻求一个至高无上的护
233 身符是徒劳的；百宝箱不会因一句秘密的咒语而打开；没有一种判决方法远远高于其他方法，这儿只存在根据不同问题而选择的不同方法；这种选择及随之而来的辛苦，绝非判决过程的暂时情况，而是判决过程不可分割的条件，是判决过程必须忍受的原始咒语。然而，这终归是一种哲学，一种如果真心求助、将使我们免于铸成大错的哲学。

---

① 36 *Harv. L. R.* 959.

② Sir Frederick Pollock, 39 *Law Quarterly Review* 169.

五、法律的功能与目的（续） 235
结论

我已经向你们展示，法官如何根据目的来区分和运用司法方法，以使每种司法方法能服务于目的。我所给出的例子似乎更强调变动性的价值、灵活性的优势，而未强调确定性的价值。为了保持真正的平衡，让我再举其他几个例子，在这些例子中，当衡量变动性与确定性时，确定性更为重要。某造纸商与某报纸出版商签订了一个合同：在约定年限内，每月向后者提供一定数量的纸张。在该期间的头三个月内，价格是预先确定的。在此以后，价格以及价格延续的时间由买方与卖方协商确定，但应符合下列条件：这段不确定期间内的价格，应当不高于该时段另一生产商向其大宗客户的报价。价格确定的头三个月过去后，买方要求将先前确定的价格作为每月交付货物的最高限价。卖方拒绝遵守该要求，认为合同异常终止（abortive），因为双方并未就该价格延续的时间达成一致。纽约上诉法院支持了他的观点，并规定卖方的权利不受其动机的影响。[①] 这是一个严格遵守合同条款字面涵义的案例，以避免一个费时费力的协议。任何一个敏锐的良知都不会拒绝这种网开一面。我们认为这无伤宏旨。法院使某种特定情况下的公平服从于商品社会交易最需要的稳定性。意思至上是合同法发展的目标，但这些意志不是某些假设的、想象中的意思，与外在表现形式无关，而是那些通过口头或者书面语言体现出来的意思。如果法官既有权解释又有权改变规则，从长远来
236 看，对于商业活动而言，很可能得不偿失。或许，对商业及其需

① Sun Printing & Publishing Co. v. Remington Pulp & Paper Company, 235 N. Y. 338. 当然，如果被忽略的条款是次要的，那么结果可能是不同的，但是，通常而言，应付款项都被列为基本条款，即使该内容由后来的协议规定。

求有了更深刻的认识之后，[1] 允许法官改变规则的时代也可能会到来，只要这种改变与业已确立的公平交易标准相一致，但是，现在还不是时候。在这一行为领域，通行的价值论仍然把稳定性与确定性放在最重要的位置。“在这样一个领域中，法律应当坚定不移地把握有关合同与义务的基本观念，忠实地从其引出逻辑结论。”[2]其他类似的例子可以说不计其数。[3]

对于法律的目的，我说的挺多。现在，应该谈一谈法律的功能了。从某种意义上来讲，这是两个相互关联的主题。哲学在告诉我们法律应当努力达到的目的之时，也将同时告诉我们法律的合理功能；但是，与此研究密切相关的，我们还需要探究：当法律的某一方面有了发展，它在事实上是否履行了功能——它所起的作用是好的，还是坏的。这一种探究与其说是哲学的，毋宁说是社会学的，它需要纵览社会事实；但这两个主题之间的联系如此紧密，一个主题只有获得另一个主题的补充，才能硕果累累。“结果不可能改变制定法，却有助于确定后者的意义。”[4] 我们总是用结果来检验规则。

虽然这一观点显而易见，立稳脚跟却相当艰难，人们承认它时仍然犹豫不决。[5] 研究人类社会生活问题的学者，思维方式不同于其他领域的学者，这一点已为人所知。詹姆斯·哈维·罗宾逊（James Harvey Robinson）在近著《发展中的精神》（*The Mind in the*

---

① Fosdick, *Christianity and Progress*, p. 111.

② Imperator Realty Co. v. Tull, 228 N. Y. 447, 455.

③ See, e. g., St. Regis Paper Co. v. Hubbs & Hastings Paper Co., 235 N. Y. 30; Murray v. Cunard S. S. Co., 235 N. Y. 162.

④ Matter of Rouss, 221 N. Y. 81, 91.

⑤ *Cf*. Homels, *The Common Law*, pp. 1, 2.

Making）中，对此主题（第11页）有生动探讨。其他领域的学者会平心静气地自问于心：规则是如何起作用的？如果他发现规则起负面作用，会将其作为谬误而丢在一边。社会学家则被置于发现制度的位置上，实际上，如果作为一个法官来研究它们时，他会发现，在很大程度上自己并不能左右它们。只有在一个很长的时间段里，法官才会向自己提出这个问题：规则是如何起作用的？这是一个规范人类行为的合理规则吗？他们没提这个问题，
237 是因为他们认为答案可能无关大局。他们通常热衷于探究：该规则存在吗？其逻辑预设或逻辑发展是什么？

在研究法律的目的与功能时，社会学方法越来越多地另僻蹊径。竭尽所能进行审判的法官，竭尽所能说服法院的律师，适用这一方法时，会被趋向于运用结果检验规则本身。当然，无论是现在还是过去，这种探究往往止于对下面问题的回答：该规则存在吗？在主要问题涉及法律方向或扩展的那些案件中，法律功能变得尤其重要。在此情况下，如果没有审视已走过的路及其到达的地方，那么选择任何一条路都是盲目和不明智的。

最高法院新近的一个判例正好向我们说明了这一点。该案指控一桩谋杀。[1] 初审法官主张，如果一个具有合理判断力的人应当预见到逃跑的可能性，被告就没有坚不退却的自由，即便其正受到致命武器的攻击。如此解释法律并不乏支持者。但是，最高法院拒绝接受这种规则，按霍姆斯法官的话来讲，该规则无视强烈情绪支配下的正常人行为。他说，“法律已经发展，尽管它在成长的过程中也会犯错误，但是法律规则的发展方向是与人性相

① Brown v. U. S., 256 U. S. 335.

一致的……在高举的利刃之下，不可能要求人们作出冷静反应。因而，至少在此案中，这不应作为豁免罪责的条件：当一个人处于上述情境中时，他应当停下来考虑，一个理性人是否可能安全逃走，或者在不杀死攻击者的前提下使其丧失攻击能力。”他有理由确信危险正在逼近，就足够了。实际上，没有逃走的行为是判断这种确信是否真实的一个因素。假如这种确信基于合理的理由，就不应因为其他理性之人可以察觉到逃走的可能性而宣判有罪。我们毋须探究，该判决是否可能偏离已为诸多报告所神化的先例。在某些州，例如纽约，成文法的规定使该规则在某种程度上变得僵化。[①] 现在令我们产生兴趣的与其说是该判决本身，不 238
如说是活跃其中的精神。它建立于这样一种前提之上：如果规则与现实行为漠不相关，法律的功能就被扭曲了，应当通过塑造规则本身来适应现实需要。

这种精神在很多领域中显示出愈来愈强大的力量。现在，一个影响不断增加、人数不断增多的思想学派，正在关注规则与其效力之间、此规则的合理性与彼规则的益处之间的关系。先前有关法律重述的讨论清晰地描述了这一过程。它提醒我们：在先例相互冲突的情况下，除非我们确知，相互冲突的某个规则在运作中被证明是最可行、最有用的，否则选择就是不明智的。[②] 法院犯的有些错误起源于对某个判决的经济和社会效果，或者对该判决所回应的经济和社会需求欠缺足够的知识。在纷繁复杂的现代

---

① Penal Law, § § 42, 1055; People v. Johnson, 139 N. Y. 358; and *cf*. People v. Tomlins, 213 N. Y. 240; People v. Fiori, 123 N. Y. App. Div. 178, 188, 189, 190.

② Professor Herman Oliphant, *The Problems of Logical Method*, vol. X, Proceedings of Academy of Political Science in New York, p. 18.

生活中，法官日益需要求诸某些追寻事实的机构，后者用有关实际情况的精确信息代替了臆测与假想。研究布兰代斯法官的判决，会对法律从外界汲纳养分更新自身、促进自身发展的能力留下深刻的印象。他的判决里充满了“反映时代影响、社会、商业以及政治的当前状况。”①

如果社会效用的需求足够紧迫，如果现行规则的运行足以产生困境或不便，社会效用迟早会吹起胜利的号角。“认为法律体系已大功告成的看法，仅仅是一种纯粹的理论教条。从长期来看，法理学不可能成功抵制强大而合理的社会或经济需求的影响。”② 西部各州的水法就是一个醒目的例子。“美国实施着两套水法制度——河岸制度（riparian system）与占用制度(appropriation system)。”③ 在 48 个州中，有 31 个州实施了第一种制度。其基本原则是“河岸的每一个所有者都享有合理使用河水的平等权利，该权利以其他河岸所有者享有合理使用河水的平等
239 权利为条件。”④ 但是，西部某些干旱的州发现这个水法制度不能满足它们的需要。“按照权利平等的一般原则，在为数众多的用水者中将水划分成相当小的份额”，这种划分使每部分都很“微小，任何人无法从中获益”。⑤ “在这种地方，某些人拥有足够的水而另外一些人没有，比精确划分以致河水失去真正的经济价值要好得多。”占用制度正是基于对这一事实的认识。其基本原则

① Truax v. Corrigan, 257 U. S. 312; *cf*. Adams v. Tanner, 244 U. S. 590, 600.

② Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, p. 346.

③ Bannister, “Interstate Rights in Interstate Streams in the Arid West,” 36 *Harv. L. R.* 960.

④ Bannister, *supra*.

⑤ Bannister, *supra*, p. 962.

是“第一个有效使用——灌溉、采矿、生产、发电、家用或其他经济方式使用河水的人，将取得对该河水的第一位权利（the first right），其范围以合理必要的使用为限，第二个有效使用河水的人，取得第二位权利（the second right），该权利类似于第一位权利，却从属于后者，第三个有效使用河水的人，取得第三位权利，该权利从属于前两者，以此类推到整个用水环节。”[①] 在此，我们有意偏离了一个众所周知的规则，而深思熟虑地采用了一个新规则，为了服从社会需要，这种显著、持续的社会需要超越了传统道路，为自己开辟一个全新的路线。

实际上，法律功能学的所有内容都与先例的权威这个令人困惑和焦虑不安的问题紧密相关。无论是通过此渠道还是彼渠道，或者既通过成文法又通过先例，所确立起来的规则，经公正评判，其运行已不能实现法律服务的目的时，就必须予以修正。这种修正是一项精细的工作，不能交给粗心或冒险的人，以免过度牺牲法律的确定与有序，也不能交给胆小怕事或懒惰懈怠的人，以免后者推卸责任。我曾经在其他文章中提到一些应当从法律体系中根除的时代错误。[②] 类似的例子还可以举出许多。清洗令人烦恼的原有污迹，某些工作必须由法官亲自完成。对那些他们不愿或根本没有能力完成的工作，则必须求助于立法机关。目前的困难是在立法机关与法院之间应建立一些交流渠道。这些渠道相当重要，首先，立法机关应当知道法院的需求，其次，在了解这些需求之后，立法机关能理智、迅速地满足它们。我曾经提到了 240

① Bannister, *supra*. p. 961; Wyoming v. Colorado, 259 U. S. 419.

② 35 *Harv. L. R.* 113.

建立一个管理司法的机构（ministry of justice），[1] 尽管我知道该计划仍有很多不完善之处。前面那些演说所勾画的美国法律协会的计划也许更有成功的希望。协会当然是全国性的。它的建议仍需稍作修改才可适用于不同地方。由此，地方律师协会或地方司法行政部门可以获得这些标准，以指导他们的判决，克服他们的犹疑，修正他们的分歧。毫无疑问，许多有关财产或行为的规则，想溯及既往地改变它们并非易事，无论其产生时合理与否。据我所知，法官也从未想过要改变它们。困惑不已的当事人被先例的错误之光诱人诉讼，在灯光熄灭、先例被推翻，只能面对毁灭，这在很大程度上只是兴奋的大脑产生的幻景而已。人们想改变的只有这样的规则：它们在事后被不公地引用、用以维护和固守不公。人们了解规则，并预见到它的变化。这种情况即使有，也极为罕见，在此情况下，人们采取的行动也会不同。[2] 大多时候，规则的改变意味着强迫人们付出一笔本来也许可以节省下来的成本。然而对于连根拔除一个原有的错误而言，这是一个相当便宜的价钱。修正规则可能会使某人牺牲几个钱，作为回报，却可以拯救未来众多的牺牲者。但是如果司法过程不能独立完成对规则的改变，就必须借助一些外部机构的力量了。有些时候，我们可以用通过审视良知或求诸日常经验而获得或能够获得的公正、平等的标准来印证规则，以知其功能好坏。另一些时候，如果没有科学家和社会工作者记录的观察结果、收集的事实数据以及耐心的系统研究，规则的运行方式就不为人所知了。格雷厄姆·华莱

① 35 *Harv. L. R* 113

② *Cf. The Nature of the Judicial Process*, p. 146.

斯说道："任何职业团体的最重要功能之一，是对其所涉领域的思想与知识传统进行持续不断地修正和增补。在法律中，这一功能尤为重要。法律是社会机器的框架，如果受过良好教育、自由、富有创造力的众多思想家，根据历史、政治和哲学的现代知识，致力于探讨：法律的目的是什么，通过什么样的方式才能实现这些目的，那么，在人类关系上，我们将获得不可估量的进步。"[①] 241

因此，法律与政治学、社会学都密不可分。[②] 让我们看看这样一个问题：妇女的劳动时间是否可以通过成文法来管制。最高法院在 Muller *v*. Oregon（208 U. S. 412）一案中就面临这个问题。布兰代斯大法官提交了支持成文法有效的法律理由书（brief），由此提供了一种新方法，即活生生的社会学方法。该法律理由书在很大程度上没有纠缠于先例、司法概念或者抽象的争论。但是，它通过大量参考全世界经济学与社会学权威人士的意见，表明妇女无限制时间地进行劳动已被看成一种罪恶，并且几乎任何地方的成文法都认为有必要约束这种罪恶。此类案例碰上的问题既是道德性的又是社会性的。不过，此种方法也可适用于不同种类的问题。法院面临的问题经常会涉及调整企业或商业交易的规则。因此，必须相应地考虑经济与商业活动的现实。曼斯菲尔德（Mansfield）勋爵在建立商法（law merchant）时注意到了这些。但他并未详尽地研究它们的所有方面。提单法、买卖法、合伙法和公司法仍然受实际效用考虑的指引，尽管有时并非完全如此。

---

① *Our Social Heritage*, p. 126.

② Vinogradoff, *Historical Jurisprudence*, vol. 1.

最近，你们法学院的卢埃林（Llewellyn）教授在纽约政治学研究会（Academy of Political Science）作的一次演讲中，卓有成效地探讨了这一问题。[①] 他在总结时说道："在认可和施行新生的商业制度方面，法律的行动应比现有的速度更快；在通过个案完善这些制度的细节时，应当允许法律具有比现在更大的灵活性；在做上述两件事情的时候，法律应当热切地关注与制度相关的经济
242 的作用、而非其法律外壳；为了满足商业需要而进行的法律重述，必须朝着这些目标开展，蓬勃地开展。"然而，协会并非详细探查经济生活需求的惟一机构。联邦贸易委员会正在建立一个判例体系，确立商业惯例的规范。比较法也提供了例子和建议，切入点是介于它与法理学之间的那些领域。

在影响法律发展的力量中，除了社会学、政治经济和商业惯例之外，还必须提到哲学。我这里所说的，前面也提到的，不仅仅是法哲学，是关于法律起源、发展、目的及功能的理论，也包括法律体系内部的规则与概念，是哲学的一般理论对其形式与内容的影响。这两个主题的联系越来越紧密。例如，我们可以发现，法律起源理论所具有的哲学意义，不仅决定我们关于法律起源的一般观念，也会蔓延过来，影响我们对具体争论的判决。另一方面，我们吃惊地发现，某些哲学问题，虽然从其通常性质上说，似与法律理论毫不相关，却构成了某些至少从表面上属于纯粹法律性的问题的基础。我们到哪里去发现比真理的性质这样形而上学的问题更抽象、似乎更脱离实践的探索呢？谁会唐突地想，实用主义给在任的法官与出庭的律师带来了启示呢？然而，

① X Proceedings Academy of Political Science, pp. 24, 32.

我可以毫不迟疑地讲，他们听到了这种启示。通过强调效用的规则、以是否符合目标作为检验真理的根据与标准，实用主义正对法律思想的发展产生深远影响。它的真理，也许对形而上学者来说是不确切的，对那些将思想付诸实践的人，那些身兼科学家与技艺师的人，那些必须永远接受不太完美、不太圆满的理想的人，却是真实有效的。它教会我们每个人去忍受不可避免的妥协。桑塔雅纳（Santayana）说："如果我们所说的'真理'一词，不是特指事实的实际秩序，或者对事实的确切描述，而是我们用以与现实和解、带来合适、安全和自信的某些次要符号，那么， 243
真理亦存在于妥协之中；对我们而言，真理将只是部分真理，部分可行的惯例，以及具有部分的可信性。"[①]

让我们重提形而上学的老问题：物质的实体（substance）和本体（identity）。大部分法律满足于那些未经过形而上学训练的普通智力所接受的本体检验标准。但它常常走得更远，甚至可能超出了自身的领域。分界线上的一棵树，其根埋在这一边，其枝却伸向了另一边。庞德院长向我们展示的亚里斯多德哲学，通过确立树的本体，评判争议所有权人的权利主张。[②] 侵权者售出了谷物，一个无辜的人买下了它，又把它酿成了威士忌。[③] 本体问题又产生了。[④]货物权属的不确定状态，这一主题在古希腊和中世纪经院派哲学家的额头上刻下了无数皱纹。本质有别于非本

---

① Santayana, *Soliloquies in England and Later Soliloquies*, p. 83.

② Pound, "Juristic Science and Law," 31 *Harv. L. R.* 1049, 1050.

③ Silsbury v. McCoon, 3 N. Y. 379.

④ *Cf.* Buckland, *Roman Law*, pp. 210, 216.

质，结构性的有别于与派生性的，性质有别于形式（modi）。[1] 有时，法官也不得不与因果关系问题作斗争。[2] 形而上学理论对公司法和法人理论的影响就更引人注目了。

我想，哲学侵人这些领域并不总能带来令人欢欣鼓舞的结果。她的某些大胆举动与其说是一种范例，毋宁说是一个前车之鉴。在那种情况下，不能不分青红皂白地将责任归咎于法律工作者。哲学家提出的关于哲学功能与范围的概念越合理，我们就越有可能获得更理智的结果。那时，我们会将精力更多地放在实践的结果上而非抽象的概念之上。杜威教授告诉我们，哲学一度是一项敛心默想的研究，历经变革，正变得越来越具有操作性和实践性。[3] 他说，它越来越多地面对"人类在社会与道德问题上遭受的巨大纷扰与困难。"[4] 它全神贯注于"清除这些罪恶的真正本性及造成它们的原因，发展一个有关更美好社会的明确理想；简而言之，通过设计一种思想或一个理想，面非那种来世的观念
244 或一些朦胧、不切实际的目标，作为理解和纠正特定社会弊病的一种方法。"这不正说明了逐渐受法律重视的社会学方法也作用于其他领域，甚至还作用于那些高深的、原被哲学归人其特有范围的领域？如果说在法律中运用某些哲学并未激起人们争相效仿的话，那么错误不在于将哲学设想为一个有益的向导，而在于将哲学视为与经验、生活无关的观念。尽管候选的哲学都贴着各种学派的眩目标签，人们也必须谨慎地选择向导。毋需警示法学院

① Windelband, *op. cit.*, pp. 52, 66.

② Bird v. Ins. Co., 224 N. Y. 47; Lewis v. Acc. Ins. Co., 224 N. Y. 18.

③ Dewey, *Reconstruction in Philosophy*, p. 122.

④ P. 124.

的学生，别用哲学的某种思想来丰富法律。莫若提醒他们注意潜伏于现行法律中隐秘的、不为人所知的哲学，在它被隐蔽时，将它揭示出来，检验它的原理与价值，在它有缺陷或变得陈旧时，随时准备纠正或废弃它。对过去和现在的哲学了解得越多，他的眼光就更锐利，更能迅速地进行评判。

当司法过程越来越富有创造力，由此产生的困难使一些人惊惶失措，他们想把司法过程限制在效仿复制的范围之内，而将创造的任务赋予成文法。如果成文法在过去能证明其适于扛起这付担子，或者承诺在不远的将来适于扛起这付担子，虽然我不能确定，但多半也会加入他们的行列。我吃惊地发现，即便在当今时代，权力应严格、永久分立的观点——法官是法律的解释者，立法机关是法律的创造者——仍然在司法界里一呼百应。《纽约法学杂志》在几个月前（New York Law Journal）刊登了它的读者来信，这些信对最近的某个判决褒贬不一。批评者，或者说他们中的几个人，提出的理论是：遵循先例（*stare decisis*）原则植根于宪法之中，偏离了该原则的法官，就是逾制者，尽管为法官忽略、却被律师从坟墓中挖出来面对新时代曙光的那个先例与坟墓一样陈旧。遵循先例的原则并非源自宪法，不过，假使立法机构自己真的足以发展法律，我倒愿意这一原则放到那儿，并要求人们必须机械地和不走样地复制它。数世纪的历史，如果还能证明 245
什么的话，那就是我们还需要更多的东西（仅有立法机构是不够的）。也许这些暂时的、不确定的探索令人遗憾，然而，如果我们不愿意盲目地冲入黑暗，它们就是无法回避的。独一无二的情境从来不可能在尺牍范本大全或会谈艺术指南中找到现成答案。正义不会在狂风骤雨中出现。只有循序渐进才能追求到她。用成

文法替代判决，其实只是转移了权威的中心，却并没增添智慧。如果立法替代了法院的创造活动，那么每一次开庭，立法委员会都必定站在我们的身后，成为一个“超级法院”（supercourt）。没人向我们保证，他们的选择比我们自己的更明智，这种形式还带来了僵化的后果——不可能再退却或妥协。如果我们用立法委员会的反复试验过程（process of trial and error）替代法官的反复试验过程，前者只会从各种需求中间挤出一些闲暇来应付这一过程，而后者却将此作为毕生的事业。即使我们能够相信业余爱好者比行家更智慧，但等他们发现疾病、作出救济决定，对当事人而言，也可能为时已晚。受制于人，且不能对症下药，结果一定弊大于利。我并不想过度低估成文法作为革新工具的价值。立法可以根除癌症，弥补古老的失误，纠正一些业已确立的错误，这些是司法过程常用的区分、虚构以及微弱救济所无法克服的。[①] 有时，立法也可以总结和简化法院获得的结论，赋予它们新的效力。即便如此，它的帮助也是临时而短暂的。循环将周而复始，无休无止。“解释紧随法典之后，修正紧随解释之后，这一工作永无尽头。”[②] 将规则或原则适用于事件组合的不断变化，需要法官的创造性活动。你可以褒扬或批评我们的工作。你可以用现有的称谓来称呼我们，或者给我们贴上别的标签，比如仲裁人或评估人。这一过程已根深蒂固。

对于法院的创造性活动，非法律工作者的外行人，多数会疑云重生或产生对抗情绪，这要归因于一个普遍的假定：成文法才

① “A Ministry of Justice,” 35 *Harv. L. R.* 113.

② 35 *Harv. L. R.* 113, 117.

是典型的法律，法官的工作是将法律适用于事实，就像发现一条 246
只能根据字面意思来解释的命令。用弗兰克福特（Frankfurter）教授的话来讲，法院“是一套内容固定、自我确定的话语的解释者，话语的涵义必须遵从一个不可更改的推理过程。”[①] 即使成文法真的构成我们法律体系中的大部分，这种对司法程序的看法也是站不住脚的。何况事实上，它占据的仅仅是很小一部分。布鲁斯（Bryce）爵士在《美国精神》（*The American Commonwealth*）一书中提醒我们，一般人日常的生活事务所受的约束多来自于州法而非联邦法，即国家法。[②] 也许在写《美国精神》时，[③] 这种对美国一般情况的描述还不是很准确，现在却很接近事实了。用类似的方式，我们可以说，一般人日常的生活事务所受的约束多来自于普通法而非成文法，或者至多来自于建立在普通法上、仅对普通法基石的细节进行修改的成文法。[④] 不能正视这一事实导致了对法院创造性行为的不信任，其实（这种创造活动）应被视为正当和正常的。法院自身创造的一个规则，在当时看来表达了时代道德，一旦道德改变，固守规则将侵犯社会良知时，法院就可以废弃它。毫无疑问，法院也需要考虑人们是否善意地相信该规则将持续有效，并据此作出行为。如果答案是肯定的，诉诸同一社会良知，法院不会愿意溯及即往地改变该规则。合理信赖业已确立的错误——它的根基如此广泛、如此深刻，以致于我们即便不尊重它，也不得不忍受它——这样的例子在我的判决中比我

① Frankfurter, “Mr. Justice Holmes' Constitutional Opinions,” 36 *Harv. L. R.* 912.

② Bryce, *American Commonwealth*, vol. 1, chap. 36, pp. 411, 412.

③ See Pierson, *Our Changing Constitution*.

④ *Cf.* Pound, *The Spirit of the Common Law*, ch. I.

们设想得要少。在极端情况下，我们允许废弃规则，但为了适应不断变化的情况，仍需要更明确的允许。这不是逾制，甚至也不是革新。这是保留给我们的创造权，正是行使了同样的权力，以前的法官才创立了普通法。

247 如果想有意识地、卓有成效地行使这种创造权，必需一种法哲学，一个有关法律起源、发展和目的的理论。惟其如此，我们才能摆脱经验主义的桎梏，后者从判决中发现的不是一个鼓舞人心的预言，而是一个必须服从的命令。布兰代斯法官在 State of Washington *v*. Dawson & Co., 264 U. S. 219, 236 一案的异议中，极好地表达了这一真理。他力争对一个已证明无效的规则进行限制，说道："对先前宣布的原则进行这种限制，对权威断言表示不同意见往往是必要的。这是法院最终发现真正规则的过程中不可避免的事情。在规则的发展中，经常使用的吸收—排除过程，不可能止于对规则的第一次阐述。宣布的规则注定是试验性的，因为它将适用的变化不定的众多事实，是不可预见的。改变意味着发展。这是法律的生命。"人性使我们倾向于信赖机械的检验，而抵制上述方法，因为它需要脑力与体力，使人精疲力竭。虚妄地需求确定性，宽慰了良心，太急于求成去赞同自惰性而来的那些东西。Bridlegoose 法官是拉伯雷讽刺作品中的英雄人物之一，其对机械检验的运用可谓空前绝后，实际上，他使用这一方法的背后推动力是惰性而非恶意。在费城奥芬（Orphan）法院盖斯特（Gest）法官的一次谐趣横生的演讲中，我们感到他又复活了。[①] 在盖斯特法官的一生中，判决了四千来件案件，所有案件都由掷

① Pennsylvania State Bar Association, June 26, 1923.

签决定。其中二千三百零九件案子被上诉，但每一个判决都得到了维持。在我们审视司法过程所阐述的四种方法之上，真还应该加上这第五种呢。如果这种方法不合适，应被抛弃，那其他方法就需要如种族文化一样丰富多采、变化万端的知识了。虽说如此，我们还是应当警惕那种致使我们过于不信任自己的情绪。当然法官也可能成为类似皮特首相的人物，他总是思前想后、犹疑不决，即使娱乐时也经常姗姗来迟，因为他不能及时拿定主意是出门还是呆在家里。[1] 实际上，每一个含糊不清的判决都涉及在两个旗鼓相当的选项之间作出选择，我们无论争论多久，斟酌得多么仔细，都永远不可能确定不疑。桑塔雅纳说："选举一个政府，如挑选一个妻子，候选人通常只有两到三个，市民的权力仅仅是充满希望地宣称其中意的人，然后，就得忍受自己选中的人。"[2] 正是在这种听天由命的心态下，法官必须判决，律师必须服从。 248

这种工作的确会难倒最聪明的智慧。法律是秩序规则的表达，人们如果想避开组成集合体的个体、构成整体的原子之间的摩擦和消耗，作为社会一员，其行为和处理社会关系时就必须遵从它。[3] 那些设计法律的人，律师、法官和立法者，他们的任务就是解释和维护生活内在的和谐一致，如果他们对生活的某一方面视而不见，那么这种表达很可能是错误的。[4] 我们中间的任何

---

① John Morley, *Burke*, p. 195.

② *Soliloquies in England and Later Soliloquies*, p. 175.

③ Pound, *Criminal Justice in Cleveland*, pp. 563, 564; *cf.* Geny, *Methode d' Interpretationen droit prive positif*, vol. II, p. 221.

④ See Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, p. 384.

人皆非生来就具有敏锐、广阔的先见之明，能穿透这些未经探测的深渊，俯视一切，尽收眼底。我们只有竭尽全力紧紧抓住过去日积月累的经验，以及体现经验的箴言、原则、规则和准则。对随着岁月向前发展的趋势而言，我们中的任何一个人希望作的积极贡献，我们中的任何一个人所起的推动作用，都只是微乎其微。这种微乎其微的力量仍需要动用每一分才能、施展每一分力量、诉诸每一个能够获得的资源，不管它们是否属于我们。乌尔比安（Ulpian）说："法学是有关人与神的知识，一门有关正义与非正义的科学。"尽管这个定义有名得近乎于陈词滥调，仍经常被嘲弄为一种夸夸其谈。我们怀疑，这种嘲弄是否像它显示得那样切合适宜。波洛克先生在一篇饶有生趣的文章中[①]提醒我们，激励人心的通行原则中蕴含的平实真理，可能比一门冷僻、也许更为精确的科学中众多沉闷的语言蕴含的要多。对终点的惊鸿一瞥、仰望哲学与法律获取永恒本质的苍穹，将使你们和我一样心中充满一种忠诚感。请至少宽宥我们总是卑贱地想起自己的使命！我们将看到自己窄小的领域伸向无限的前景。我们将知道判
249 决的过程是一个永无止境的运动，对那些在此过程中占据一席之地的人，要他们做的不是模仿性的复制，不是无生命地重复一个机械的程序，而是更多东西。

最后，让我回到文章的开始提到的那段文字："法律必须稳定，却不能静止不变。"变化与运动的秘密，就像在文字的最初记载中令古老的埃里亚人（Eleatic）困惑不已一样，仍然在烦扰当代人类的思想。我并不装作已向你们提供了解开谜团的钥匙，

① Pollock, Oxford Lectures, *The Methods of Jurisprudence*, p. 5.

一个更宏大、更深奥的原则，可以使表面上看起来相互冲突、由此相互矛盾的两类规则和谐一致。我只能警示你们，注意一类规则而忽视了另一类的人，就烧错了香，也使追随者误入歧途。胜利不属于盲从、不容变更逻辑的信徒，也不属于平均对待所有规则与先例的人，胜利将属于知道如何将这两类趋势融合到一起以适应最终目标的人，即便目标并非全然清晰可辨。如果你抱怨我除了说明难题的存在外，几乎什么都没做，我也不会觉得受到了冒犯。我最多只能做到这样。对于答案，我们还没有一致的意见，尽管实际上它是根本性的，是我们工作的基石。我们的法院存在了几个世纪，有记载的判决也持续了几个世纪，但是由于缺少一种可接受的法哲学，我们仍没为法官设立一些根本性、支配性的原则，用来形成判决的方法。我们甚至不了解自己的权力或义务。明显有利于某些人的趋势，却明显不利于另外一些人。某法官曾经最诚挚遵奉的正确方法，却受到另一些才能出众、尽职尽责的法官的挑战，认为这种方法是错误的。我深切地体会到，如果不能寄望于即刻更深地领会答案的话，那么走出困境的基础就在于必需更好地理解现存的问题。我深切地体会到，大多数对法院的非难以及法院自身酿成的许多大错，都源自或至少源自对司法权限度、司法功能本质以及司法过程性质的错误观念，这些不断演变的观念。我们只有静下心来，就基本的东西达成某种程度的一致，才有希望消除对司法的限制因素持有的焦躁心态，甚 250
至对司法权的完整性采取的革命式侵扰。

更深地去理解问题，这种召唤依然敦促我们去寻求一个答案。

领域，即将原有规则运用到与现行模式完全相同或（在最糟的情 253
况下）稍微不同的事实组合上，勤奋、记忆以及推理的常规力量足以正确地指引我们。当司法功能起推动或创造作用时，辛苦就来了，新情况出现了，不相上下的各种类推都提供了一种暗示或线索，却缺乏具有权威性指示的先例，此时，必须宣布一个新的规则。

对此或与此类似的遗憾，我知道通常的回答是什么。人们说，法律不是一门精确的科学，仅此而已，如果我们愿意就此止步的话。但平息知识的反抗不可能通过重申知识所反抗的邪恶。精确无误也许不可能实现，却不足以让人们的意志顺从于一种先定的凌乱无序。长久而言，法学的胜利在于煽动心灵的反叛之火，而不是用陈词滥调来平息它。怀特海德（Whitehead）说，“如果科学没有退化为一个建立在假说之上的混合物，就必定是哲学式的，必定对自身的基础进行从头至尾的批评。”①可以说，法学也是一样。

因此，我奋力前行，希望探索一条通往光明之路。也许发现不了出路。至少可能看见一些微光，这是一个无能为力的懦夫无法发现的，贪图安逸只能一事无成。在混乱之下的某个地方，可能会有一个合理的原则，揭示表面矛盾与无序之下的规律与一致。现代科学正试图革新我们有关原子运动甚至关于运动的一般观点。我们曾认为光线是平滑的、连续的。实际上，它却是离散、不规则的。② 电子不是从一点滑到另一点，而是一蹴而就。

① *Science and the Modern World*, p. 24.

② Whitehead, *op. cit.*, pp. 50, 181; Bertrand Russell, *The A. B. C. of Atoms*, pp. 9, 54, 55, 以及同一作者的 “Philosophy,” pp. 101, 107.

领域，即将原有规则运用到与现行模式完全相同或（在最糟的情 253
况下）稍微不同的事实组合上，勤奋、记忆以及推理的常规力量足以正确地指引我们。当司法功能起推动或创造作用时，辛苦就来了，新情况出现了，不相上下的各种类推都提供了一种暗示或线索，却缺乏具有权威性指示的先例，此时，必须宣布一个新的规则。

对此或与此类似的遗憾，我知道通常的回答是什么。人们说，法律不是一门精确的科学，仅此而已，如果我们愿意就此止步的话。但平息知识的反抗不可能通过重申知识所反抗的邪恶。精确无误也许不可能实现，却不足以让人们的意志顺从于一种先定的凌乱无序。长久而言，法学的胜利在于煽动心灵的反叛之火，而不是用陈词滥调来平息它。怀特海德（Whitehead）说，“如果科学没有退化为一个建立在假说之上的混合物，就必定是哲学式的，必定对自身的基础进行从头至尾的批评。”[①]可以说，法学也是一样。

因此，我奋力前行，希望探索一条通往光明之路。也许发现不了出路。至少可能看见一些微光，这是一个无能为力的懦夫无法发现的，贪图安逸只能一事无成。在混乱之下的某个地方，可能会有一个合理的原则，揭示表面矛盾与无序之下的规律与一致。现代科学正试图革新我们有关原子运动甚至关于运动的一般观点。我们曾认为光线是平滑的、连续的。实际上，它却是离散、不规则的。[②] 电子不是从一点滑到另一点，而是一蹴而就。

---

① *Science and the Modern World*, p. 24.

② Whitehead, *op. cit.*, pp. 50, 181; Bertrand Russell, *The A. B. C. of Atoms*, pp. 9, 54, 55, 以及同一作者的“Philosophy,” pp. 101, 107.

领域，即将原有规则运用到与现行模式完全相同或（在最糟的情 253
况下）稍微不同的事实组合上，勤奋、记忆以及推理的常规力量足以正确地指引我们。当司法功能起推动或创造作用时，辛苦就来了，新情况出现了，不相上下的各种类推都提供了一种暗示或线索，却缺乏具有权威性指示的先例，此时，必须宣布一个新的规则。

对此或与此类似的遗憾，我知道通常的回答是什么。人们说，法律不是一门精确的科学，仅此而已，如果我们愿意就此止步的话。但平息知识的反抗不可能通过重申知识所反抗的邪恶。精确无误也许不可能实现，却不足以让人们的意志顺从于一种先定的凌乱无序。长久而言，法学的胜利在于煽动心灵的反叛之火，而不是用陈词滥调来平息它。怀特海德（Whitehead）说，“如果科学没有退化为一个建立在假说之上的混合物，就必定是哲学式的，必定对自身的基础进行从头至尾的批评。”[①]可以说，法学也是一样。

因此，我奋力前行，希望探索一条通往光明之路。也许发现不了出路。至少可能看见一些微光，这是一个无能为力的懦夫无法发现的，贪图安逸只能一事无成。在混乱之下的某个地方，可能会有一个合理的原则，揭示表面矛盾与无序之下的规律与一致。现代科学正试图革新我们有关原子运动甚至关于运动的一般观点。我们曾认为光线是平滑的、连续的。实际上，它却是离散、不规则的。[②] 电子不是从一点滑到另一点，而是一蹴而就。

---

① *Science and the Modern World*, p. 24.

② Whitehead, *op. cit.*, pp. 50, 181; Bertrand Russell, *The A. B. C. of Atoms*, pp. 9, 54, 55, 以及同一作者的“Philosophy,” pp. 101, 107.

“认为运动是一个连续平稳过程的古老规律很可能只是一种统计学上的平均值，当我们从足够微观的尺度来看，所有事物都在跳跃式前进，就像电影里，将一系列独立的画面连续播放，使人产生了连贯一致的错觉。”[①] 当我们将法律的发展理性化，衡量先例和原则放射的能量时，是否也受到类似幻想的影响？我们将法律的发展视为一个连续统一体，以寻求一套稳定前进的规范。但
254 是，这个连续统一体并不存在。相反，只存在由此点至彼点的种种跳跃。我们曾经被一个和谐前进的理想所蒙蔽。其实只存在一些能量吸引与排斥的中心。在它们之间，可以找到一个落脚点。我们通过司法过程来寻觅这些落脚点。但是怎样才能发掘它们，到哪儿才能发现它们呢？

矛盾的协调、对立面的融合以及敌对方的综合，都是法律中的大问题。公平地说，“规范”是对立物的孩子，在争斗的剧痛中诞生。我们想象自己正要处理某个最新（ultra-modern）的争议，那是工业社会里某种利益关系的产物。其间涉及的问题一目了然，核心仍是需待发掘的那些古老谜团——静止与运动，一个与多个，我与非我，自由与必然，现实与表象，绝对与相对。我们知道，稳定的要求应与进步的要求相适应。自由应与平等相配合，两者都应与秩序相协调。我们尊重个人的财产权，却不能致使其发展到侵犯大多数人福利或安全的地步。我们必须维护正义的一般品质，也要保留它兼顾个性与特性的能力。尽管先例或成文法无论多么苛刻也应当得到严格遵守，但公正与良知的良好规

① Bertrand Russell, *The A. B. C. of Atoms*, p. 9; *cf*. Bertrand Russell, “Mathematics and Metaphysics,” in *Mysticism and Logic*, p. 84.

诚也同样应当得到尊重，而后者在很多时候都不能拘泥于文字。我们追溯事件的起因，然而，起因的数量是无限的，必须有一个遴选过程，真正发生作用的起因由此确定，并随着人们期待目标的不同而不同。这是幻想还是现实？脚下的土地似乎已悄悄滑动，我们必须寻找一个落脚之处。我引用另一个语境里的话："根本的对立，相互冲撞，也相互调和"，它来自利顿·斯特雷奇（Lytton Strachey）*论述诗人蒲柏（Pope）的文章。

问题指引着解决的途径。迪莫克（Demogue）说，司法工作的目的，不是逻辑综合，而是妥协。"当然，"他补充说道，"这使法律成为一门微妙科学，却是无法避免的。"② 类似的一个分歧：静态与动态的对立，也充满着整个宇宙。③ 或许这种划分其实与我们自己不完善的思维有关，但至少，在现在看来，我们还不能洞察不受差异影响的统一体。④ 尽管我们对绝对真理心向往 255
之，但在拥有更深刻的洞察力之前，必须很大程度地满足于作为权宜之计的妥协，满足于接近真理和相对真理。"达成和解，"我再次引用迪莫克的话来讲，"是法学家最重要的工作。"⑤

让我们挑选几个对立面出来，看看它们达成妥协的过程。静止与运动，永恒与波动，稳定与进步，都存在着竞争。应在哪儿

---

* 利顿·斯特雷奇（1880－1932），英国历史学家，传记学家，以传记作品闻名。——译注

② Demogue, *Analysis of Fundamental Notions*, vol. 7, Modern Legal Philosophy series, p. 570. *Cf.* Bryce, *Studies in History and Jurisprudence*, Andrews 在 "Recent Decisions of the Court of Appeals" 一文中引述，12 *Cornell Law Quarterly*, 433.

③ Demogue, *op. cit.*, pp. 429, 430, 448。

④ Haldand, *The Reign of Relativity*, pp. 11, 37, 63; Dewey, *Experience and Nature*, p. 46.

⑤ Demogue, *op. cit.*, p. 570.

画一条妥协线呢？“一个”与“多个”，个体与群体，群体与社会，自由与限制，都存在着抗争。我们所谓的法律中线在哪儿呢？“绝对的安全，”Demogue 说，[①]“意味着社会永远停滞不前，”我们说，绝对的稳定性也一样。宪政的拥护者总是果敢地抵制对自由的侵蚀，但只有无政府主义者才追求字面意义上的自由，[②]宪政的拥护者们自然不屑与他们为伍。吸引与排斥，统一与分歧，作为永无终日的悖论，深藏于法律体系的表层之下，隐身于组成原子的结构之中。“根本的对立，相互冲撞，也相互和解。”

我对这些矛盾的研究，将从静止与运动、稳定与进步的对立开始。“在事物的本性中，有两个固有的原则，”怀特海德说，[③]“无论我们探索什么领域，它们都会在某些细节中体现出来，即变革的倾向和保守的倾向。如果没有它们，万物将不复存在。没有保守成份的纯粹变革，是一条从虚无到虚无的道路。最终获得的仅仅是转瞬即逝的虚无。没有变革成份的纯粹保守亦不可能持久。毕竟环境在不断变动，墨守陈规，新鲜感（freshness）就会消失在无形之中。”如果生活都感受到相反方向的拉力，那试图揭示生活规则的法律也必须有所察觉。人们常说，变革应当是成文法的任务，司法过程的功能仅仅是一种保守力量。从历史的角度来讲，这不是真的，即便属实，也只是一种不幸。确实，与过去发生强烈的断裂必定源自立法，然而，当法官的能力取决于实

256 践与传统时，更多的进步或倒退将由法官一力促成。法律既有适合于保守的准则与判断方法；也有适合于变革的准则与判断方

① *Op. cit.*, p. 445.

② G. Lowes Dickinson, *Justice and Liberty*, p. 142.

③ *Science and the Modern World*, p. 281.

法。如果将稳定和进步作为对立的两极，那么，在一极，我们拥有的是遵循先例的律条和以推理逻辑为工具的判决方法；在另一极，则是促使起点服从终点的方法。一个注重对统一和对称的考虑，从基本概念推导出最终结论。另一个则更自由地考虑平等、公正以及受影响利益对社会的价值。一个寻求最相似的先例，并坚定不移地追随它。另一个则认为在选择起决定作用的相似先例时，精神上的共性要比外在的相似更有意义。“在绝大多数情况下，”庞德说，[①]“许多时候，正义的实现是两种趋势的妥协：一种趋势将每一个案件都当作某一类案件中的一个，另一种趋势是认为每一个案件都是独一无二的。”[②] 每一种方法都有自身的价值，在诉讼的发展中，它们总有派上用场的时候。明智的折衷主义者会同时使用它们。支持某种选择的动力，看起来却往往并不比纯粹的经验机会主义更具理性。不过，这不意味着研究挑选过程毫无用处。我们偶然也会在原则的形成过程中发现能助一臂之力的统一性。如果法学的总结是暂时性的、不完善的，那么任何一门科学皆如此，至少在其发展的早期阶段可以这样说。“直接观察到的事物，”怀特海德说，[③]“通常只是样品。我们希望得出结论，约束该样品的抽象条件，也约束基于这样或那样原因而被我们归入同一类型的其他所有实体。这种从样品到整个类型的推理过程即为归纳法（Induction）。归纳理论令人在哲学上丧失信心——它却是我们所有行为的基础。”法学家必须具备激励物理学

① Article "Jurisprudence" in the *History and Prospects of the Social Sciences*, by Harry Elmer, Barnes, and others, p. 472.

② *Cf*. Cardozo, *The Growth of the Law*, p. 67.

③ Whitehead, *op. cit.*, p. 34.

家苦思冥想、并圆满完成试验的忠诚与耐心。

257 我们必须从一开始就界定研究的对象。通过司法过程形成的法律是我们关注的焦点。成文法可以暂时放到一边，除非需要法官来解释它们，因为如果当它们的要求一目了然时，其对法学的意义不及对立法学那么大。我不想暗示，研究立法过程不可能取得丰硕的成果。但事实上，我们中的大多数人一直受普通法传统的熏陶，对成文法怀有一种不信任的态度，这种态度虽然令人惋惜，我们却不能拒绝承认其存在。如你们所知，这产生了法律解释的一个原则：对偏离普通法的成文法应作严格解释；它往往令人想起波洛克提起成文法解释规则时说的话：只有依据这样的理论——立法总是令法律变得更糟，法官的任务就在于尽可能将这种干预的危害限制在最狭窄的范围之内——才能合理解释这些规则。[①] 我对庞德的一篇富有洞见的文章记忆犹新，它揭示了这种不信任起源于心胸狭窄，而其趋势则是有害的。[②] 我不想详述他的批评，因为它们与我的主题无关。或许，对立法的能力与限度进行科学研究，将使我们持一种更理智的态度。我想指出一点，现在，我们惟一的关注是法官的工作及其一手创制的法律。当他们仅仅是立法机关的代言人，表达和实施的是立法机关确立的明白无误的思想和命令时，其行为的实质是行政的而非司法的。只有在疑问出现的地方，司法功能才开始发挥作用。

让我们回头看看静止与运动的悖论。我们生活在一个变幻不定的世界里。现行的法律体系即使适合今天的文明，也不可能满

① Pollock, *Essays in Jurisprudence and Ethics*, p. 85.

② Pound, "Common Law and Legislation," 21 *Harvard L. R*. 383.

足明日文明的需求。社会是变动不居的。正因如此，在此变动不居的条件下，法律不可能经久不变。对我们而言，运动的力量太强大了。我们可能想，只要拒绝改变规则，法律就会始终如一。但其实不变的惟文字而已。规则与现实的对应关系已经改变。当规则被转化成行动时，它的涵义已异于过往。法律界定的关系并不总在两个固定的点之间，实际上，法律最经常界定的是不断变 258
幻的两点之间的关系。受规范的行为与情况都有其自身运动的方向。无论我们是否希望，变化永远存在。[1]

想一想爱因斯坦的理论，还有运动的相对性。“按照爱因斯坦学说的通常表述，绝对静止和绝对运动都对物理学毫无意义；运动仅仅意味着物体相对他物体的位置变化。”[2] 在一个无限的空间里，只有一个物体，在我们看来，它的运动毫无意义。在一个无限的空间里，有两个物体，但只要它们之间的位置相对没有改变，它们的运动仍然毫无意义。我们有必要将某种类似相对性的观念引入有关法律发展的观念。[3] 通过确立以不同速度朝不同方向运动的物体之间的关系，我们作出判断。如果我们假定它们是静止的，以此确定它们的关系，结果往往会夸大它们之间的距离。真正的稳定性来自我们对物体关系的描述符合它们的新方位和新距离。

从海运提单的法律发展中，我找到了这一思想的例证。纽约

---

① *Cf*. M. R. Cohen, “The Place of Logic in the Law,” 29 *Harvard L. R*. 629; Frankfurter, “Hours of Labor and Realism,” 29 *H. L. R*. 369.

② Haldane, *The Reign of Relativity*, p. 55; *cf*. p. 92; Bertrand Russell, *The A. B. C. of Relativity*, pp. 24, 69.

③ *Cf*. Lippmann, *The Phantom Public*, p. 89; W. F. Ogburn, *Social Change*, p. 199; Sorokin, *Social Mobility*, p. 4.

律师协会的律师小切斯特·B. 迈克劳克林（Chester B. McLaughlin, Jr.）先生在《耶鲁法律杂志》上发表了一篇文章，[①]对这段历史进行了生动且恰如其分的描述。起初，提单是指在某一指定的船上交付货物。然而，在英国光荣革命的动荡时期，船只的来往很不确定，人们无法了解或事先确定。货物滞留在码头，轮船公司所能做的就是，一有可能，立即迅速地将它们送出。“战争期间，整个海上运输的惯例都被破坏了，没有一个轮船公司可以预见，即便在未来几个月内，什么时候以及在哪条船上能将货物运走。”[②] 发给托运人的凭证考虑到了上述需要。提单不再是指在一个指定的运输工具上收到货物。其所代表的仅仅是：在一种事先指明的运输工具上“和/或在下列轮船上”收到货物。战争结束后，因需要而产生的这一变化，基于便利的缘
259 故，被延续了下来。人们认为，“合理装载的需求、船只到达的不规则性以及货物的大量堆积：进口的与出口的，码头上的与不同轮船上的，这一切致使保证或确定在一个特定的运输工具上装载货物，在实际上是不可能的，除非货物已装载上船，码头核实了所有特定货物已装载完毕。”[③] 凭证的新形式取代了旧形式，省略了一项曾被视为至关重要的意思。然而，法院在何种程度上承认这一变化，仍是一个悬而未决的问题。一家银行准备基于一张汇票和提单支付货款。单凭一张新形式的提单文件能否获得货款？与古老定义保持一致的法律将回答“不”。与现行惯例和海商需求相一致的法律将回答“是”。在此两难境地中，法院更偏

① “The Evolution of the Ocean Bill of Lading,” 35 *Yale Law Journal* 549.

② McLaughlin, *supra*, p. 559.

③ McLaughlin, *supra*, p. 560.

爱"是"。[1] 当然，实际是运输的方式已经改变，因此，法律在界定关系时，要想保持与先前的法定关系（即当时的商业关系）曾有的一致，就需要修改法律的形式。拒绝改变规则的表述将使事情变化呈现一种夸大的趋势。根据大势所趋修正法律的形式，将令其保持与现行行为规范的一致。

我发现的另一例证是，商法在扩展新型单证的流通性方面（只要商业习惯支持这种流通性）所表现出来的能力。[2] 当然，这一能力可能受到成文法的制约，比如在纽约及其他一些州。[3] 在缺乏上述限制的州，发展的趋势将更加有效、持久。法律概念的发展应与商业方法的发展保持平行。

从类似这些的例子中，我们可以总结出一个有效的规则。在没有更好的名字前，我们姑且称之为法律适应行为的相对性原则。商业及其方式的变化，致使先前与当时行为规范或准则相适应的某个法律规则不再适应现行的规范或准则，甚至背离了它们，于是，促动法律与原有规范和准则相适应的那些发展趋势或 260
力量又开始起作用了，不是通过立法，而是通过司法过程固有的力量，来恢复平衡。

在系统陈述这一原则时，我并不认为它可以一成不变地适用。单凭经验的方法，我们不可能预先得知，什么时候事情已发展到我们必须重构法律规则的程度，以避免过大的差距。我们必

① Vietor v. National City Bank, 200 App. Div. 557, 1923; 237 N. Y. 538.

② See, *e. g.*, Goodwin v. Roberts, *L. R.*, 10 Ex. 346; Bechuan Land Exploration Co. v. London Trading Co., 1898, 2 Q. B., 658; Edelstein v. Schuler, 1902, 2 K. B. 144, 154.

③ Bank of Manhattan Company v. Morgan, 1926, 242 N. Y. 38.

须衡量诸多效用的因素。我们必须从不同角度作多种观察，以便精确了解。当我们掌握了距离，也就有了分寸感。先例或形式逻辑似乎指向稳定。法律适应行为的相对性原则则指明变革之路。

前面的例证都来自商业规范的变迁。基于相似的理由，道德领域的运动变化与这一领域面临相似的情况。行为方式与惯例，假使我们不愿承认它们是法律的话，至少也是法律的渊源之一。法官只要被赋予了选择的自由，都会倾向于最终将法律责任赋予社会习俗，即那些在其生活中表现出来的行为规范和准则。[①] 行为方式和惯例同样都是道德的源泉。你非读一下诸如萨姆纳(Summer)* 《社会习俗》（*Folkways*）或霍布豪斯（Hobhouse）《进化的道德》（*Morals in Evolution*）这样的书不可，它们用非常多的翔实例子，让人们清晰地认识到了这一真理。在我们这个时代，道德不纯粹是习惯的约定，也不全是其他什么东西。正如霍布豪斯明确阐述得那样，在道德这一混合物的形成过程中，映象与模仿、推理与纯粹机械的重复、哲学与传统，毫无疑问，都是结合在一起的。[③] "随着伦理的发展，我们越来越多地发现，人们的关注点逐渐从相当机械地服从传统转向试图基于某些明确的生活原理而深思熟虑地重塑行为。"[④] "在伦理学中，习惯与理论之间

① Wills, J., in Millar v. Taylor, 1769, 4 Burr. 2303, 2312, quoted by Lefroy, 32 L. Q. R. 294.

* 萨姆纳，(1840-1910)，美国社会学家，扩大发展了社会习惯和习俗的概念，以其社会达尔文主义理论著名。——译注

③ *Cf*. MacIver, *Community*, pp. 149, 150; Vinogradoff, *Custom and Right*, p. 34; "在我看来，综观西欧的惯习，它主要包括三个因素：商业惯例、传统以及与此相关的表述。"——Vinogradoff, *op. cit*.

④ Hobhouse, *Morals in Evolution*, p. 18.

的相互作用，紧密且持续不断，我们的主题，即对伦理学的比较研究，应将两者都包括在内。如果一个人有能力全面处理这一主题，那么，在一个极端，是基于不假思索地接受传统而作出的准直觉判断；在另一极端，则是思想家在寻求行为的理性基础以及表达生活目标的明确规则过程中提出的深奥理论，在两个极端之间，则是一些理性和半理性的影响力，随着文明的前进，不断努力地运转着，重构习惯，用一些慎重接受的原则，无论其正确、错误、还是对错参半，替代盲目的传统。"[1] "我们的主题必须既包括布道者的理想也包括法律工作者现行运用的规则。它的上限是哲学家提出的合乎逻辑、完美无缺的生活理论。人们作出行为的所有判断都处于这些极端之间。"[2] "对社会福祉的明智洞察修正了对惯习的盲从，道德义务被建立在理性的基础上。这些变化反映了道德法则的实际内容，社会习惯去了糟粕，留下精粹；被纯化的道德法典又在立法中反映出来，先进的社会由此确立起自身的结构。"[3] 不仅立法映射了这一过程，法官造法也映射了这一过程。每一代的道德法典都是习惯、哲学以及许多处于中间等级的行为规范、信念的混合体，其中产生出来的行为规范或准则则力争在法律中得以体现。据说，道德规则的约束力或责任来源[4] 就是加诸个人意识上的社会压力。[5] 在法院造法的过程中，也存在同样的压力。国家授权法官进行裁决，但无论是宪法还是 261

① Hobhouse, *supra*, p. 18.

② Hobhouse, *supra*, p. 25.

③ Hobhouse, *supra*, p. 30.

④ Dewey, *Human Nature and Conduct*, pp. 326, 327; also pp. 75, 81.

⑤ *Cf*. Korkunov, *General Theory of Law*, Modern Legal Phil. Series, p. 45; Dewey and Tufts, *Ethics*, p. 360.

成文法，都未确立规范判决方式的准则。社会压力通过道德责任的约束力赋予大众意识新的行为模式，法官的意识里也存在同样的压力，通过他的行为，最终将法的约束力赋予这些新的行为模式。

让我寻找一些实例，看看法官造法的发展如何适应道德规范的变化。家庭关系法是现成的例子。在普通法中，当妻子可能离丈夫而去时，丈夫可以用武力制服妻子。现在已有正式的判例（如果还需要判例来证明的话）表明这一权利已不复存在。[1] 随之而去的还有一个更古老的权利：曾经有那么一段时间，丈夫被
262 赋予温和惩戒妻子的夫权。社会道德的发展使这些相当粗野的行为接受了法律的约束，并涉及到其他更细致、更微妙的行为。虐待（cruelty）曾一度等同于肉体上的折磨。现在，嘲弄、精神折磨以及侮辱的言词行为，同肉体折磨一样，都纳入了它的范围。[2]

道德规范的变化引发法律的变化，不仅体现在家庭里也更多地体现在社会中。对社会团结意义的新认识产生了一个新概念：制止反社会行为的责任。古老的先例支持这样的观念：伤害邻人的行为不可能因积极的动机（animating motive）取得合法性。现代判决却限制了那种基于“漠不关心的恶意”（disinterested malevolence）产生的自由。[3] 这一变化即便不是基于利他主义发

---

① R. V. Jackson, 1891, 1 Q. B. 671.

② Pearson v. Pearson, 1920, 230 N. Y. 141.

③ American Bank & Trust Co. v. Federal Reserve Bank, 1921, 256 U. S. 350, 358; Beardsley v. Kilmer, 1923, 236 N. Y. 80; Ames, *Lectures on Legal History*, p. 398; cf. however, Sorrell v. Smith, 1925, A. C. 700; Stammler, *The Theory of Justice*, Modern Legal Phil. Series, p. 253.

展，也是基于社会相互依赖意识的发展。当社会建构在少数人的特权之上，权力的行使将野蛮地无视大多数人的存在。民主带来了新的前景，新的法律也接踵而至。起初，促成这一变化的社会力量，其主旨并未反映在成文法的具体条文中。它们使之广为流传，由于这种压力为所有相关之人感知，故而作用甚至更大。最后，这些主旨变成了法律。

当人们阅读有关英国法诞生乃至漂洋过海的历史时，会感到司法过程从整体上看像一部史诗般的运动——在所有间歇与转换中，情节的场面与成功征兆逐渐雄伟地展示出来。豪德沃斯（Holdworth）的研究给我留下了深刻印象，他的叙述全面，且不朽。法律体系中蕴藏的潜能，古人称为它的“原动力”，正显露出所有的活力。我们对其中的某些内容耳熟能详，至少不再陌生。我们已认识到诉讼方式（forms of actions）的意义，故不会对下列说法表示惊讶：如果损害赔偿之诉没有从侵权之诉中发展出来，约因原则可能会完全不同。[①] 除了诉讼方式以外，还有一些更为深思熟虑、刻意筹划的重要原则，具有勃勃生机。例如，对仆人在表面授权（apparent authority）范围内订立的契约或实施的侵权，主人应当承担责任。还有比这更典型的普通法规则吗？但 263
是就在十七世纪，法律规定还是另一番截然不同的光景，如果你是第一次听说，一定会莫名惊诧吧。[②] “主人只有在实际命令代理人为某种行为或者事后通过言语或行为认可了该行为时，才承担责任，除非在例外情况下，基于公共政策的目的，主人才承担

① Holdsworth, *History of English Law*, vol. 8, pp. 7, 42, 47.

② Holdsworth, *op. cit.*, vol. 8, pp. 227, 228, 229, 252, 474, 476.

更广泛的责任。”[①] 当然，公共承运人、仆人引发火灾导致损害发生的户主以及承诺做某事、其雇员却未成功地做成该事的雇主，确实要承担更多的责任。[②] 但这些以及其他一些类似责任的例子有别于当时通行的规则。法官直到两百年前，即十七世纪末期，才突然认识到这一事实：“规范主人对其仆人或本人对其代理人行为承担责任的严格普通法原则，已全然不适应国家的商业现状。”[③] 他们没有坐待立法出台。首席大法官胡尔特（Holt）在罗马法（civil law）中找到了相关原则，海事法院已在适用它们，填平前进路上的障碍需要这些类推。通过借用其他法律体系的东西，加上来自普通法例外责任思想的渗透，或者撇开这些不说，通过某种程度的创新——无论其渊源如何，雇主责任范围将根据商业活动本身所固有的权限来衡量的现代原则走进了英国法。[④] 只有历史研究者才记得这条规则并非与法律一样古老。

胡尔特任首席大法官那个时期司法官员就固有的权力，至今仍未稍减。前几个世纪法律处于形成阶段，进入现代，法律已大功告成，这样的说法不能将司法权消灭于无形。每一时代，对生活其间的人而言，都是现代。当然，自胡尔特以来的诸世纪，许多曾经脆弱、起伏不定的界限确实变得持久、坚硬。胡尔特时代一些具有可塑性的原则和规则也随着判例的日积月累而僵化。以前法律疆域中未经开拓或耕耘的土地，已被殖民开发。然而，边
264 疆依然存在，且永远都会存在，在那儿，区分的界线充满了争议

① Holdsworth, *op. cit.*, vol. 8, p. 227.

② Holdsworth, *op. cit.*, vol. 8, p. 476; vol. 3, p. 385.

③ Holdsworth, *op. cit.*, vol. 8, p. 252.

④ Holdsworth, *op. cit.*, vol. 8, pp. 229, 252, 474, 475; vol. 6, p. 520.

和不确定，在那儿，即便占据领地，也是短暂和胆怯的——在此朦胧的边界，拒绝接受不公的人们，不会萎缩不前，前进之路将指向那未曾开拓的领域。两百年前，在现代的门槛前，它激励这些人对法律体系中蕴含的创造力铭记在心。

如果胡尔特的这个例子是独一无二的，其意义就微乎其微了。但是，像它这样的例子还可以举出许多。比如一个多世纪后1789年的一个著名判例 Pasley *v*. Freeman。[①] 一个原则由此得以确立："致他人受损的错误与欺诈性陈述，尽管欺诈人与受欺诈人之间不存在契约关系，"也构成侵权之诉的诉因。[②] 克罗斯（Grose）法官提出了异议，因为没有一个先例确认"错误的主张构成侵权之诉的诉因，除非是欺骗了合同的另一方，且承诺，无论通过明示还是暗示：虚假的事实是真实的。"诽谤法最近也发生了变化，简举两例足矣。古代法规定，仅仅重复诽谤，只要明示了谣言始作俑者，就不可诉。[③] 于是，普通法世界成了流言蜚语的天堂。"长久以来，这被视为一条确立的规则，[④] 直到十九世纪初，才被推翻。"[⑤] 诽谤法领域的第二个例子是特权法（law of privilege）。公正、如实地报导司法或其他公共活动一直被视为新闻界的特权。[⑥] 然而起初，法庭里未被记录的诉讼程序有时被排除在此特权之外。一造诉讼便是如此。起诉的提出与答辩亦属

---

① 3 T. R. 51.

② Holdsworth, *op. cit.*, vol. 8, p. 426.

③ Earl of Northampton's Case, 1613, 2 Co. Rep. 134.

④ Davis v. Lewis, 1796, 7 T. R. 17.

⑤ McPherson v. Daniels, 1829, 10 B. & C. 263; Holdsworth, *op. cit.*, vol. 8, p. 357.

⑥ Odgers, *Libel and Slander*, 5th ed., p. 308.

此列，至少它们在奠定诉讼基础之前的阶段，属于此列。例外日益减少。较低级别法院的诉讼程序被置于与较高级别法院的诉讼程序相同的地位。[①] 新闻界可以自由地报导一造诉讼了，正如对待那些颇有争议的诉讼一样。[②] 就在前几天，纽约上诉法院最终
265 将这一特权扩展到对庭审前答辩陈述的报导。[③] “我们最好不要理会别处权威的压制作用，”庞德法官说，“而从我们自己的、与实践经验相适应的规则入手。”[④] 以一些不太引人瞩目的判决为例，它们革新了英国法院在三百年前甚至更早所确立的亵渎神明法和迷信捐助（superstitious uses）法，其中最重要的一个判决还是最近才作出的。[⑤] “非常明显，”豪德沃斯在评论这些判例时说，[⑥] “在法律推理的各种路径中，公众对国家、法律与宗教的合理关系所持的观念，它具有的影响力是其中的主导因素，它为废除那些法和衡平法的旧原则提供了正当性，并在立法机关的帮助下，迫使它们趋向于普遍的宽容。”萨姆纳爵士在上述《社会习俗》中对 Bowman *v*. The Secular Society 一案有所评价，看起来似乎在掩饰这种变革或者轻视其意义。“要知道，”他说，[⑦] “某个特定观念是否为害社会，既是一个时间性问题，也是一个事实

① Odgers, *supra*.

② Usill v. Hales, 3 C. P. D. 324, 325; Wilson v. Walter, L. R., 4 Q. B. 93.

③ Campbell v. N. Y. Evening Post, 1927, 245 N. Y. 320.

④ 245 N. Y. at p. 328; *cf*. Remarks of Cockburn C. J., in Wasson v. Walter, 1868, L. R., 4 Q. B. 73.

⑤ R. v. Ramsay, 1883, 15 Cox, C. C. 231; Bowman v. The Secular Society, 1917, A. C. 406; Bowne v. Keane, 1919, A. C. 815; Holdsworth, *op. cit.*, vol. 8, pp. 415–420.

⑥ P. 418.

⑦ 1917, A. C. 466, 467。

性问题。”如果愿意，你自然可以将其称为一个事实问题，因为法律是来源于事实的。“法律不溯及既往。”[①] 实际上，在效用与公正的要求上产生的变化引发了法律的变化。

我们不乏其他例证。[②] 有时候，新的道德规范并不意味着形成了新的是非观。它可能仅仅意味着，在面对长期被视为错误的陈规陋习时，人们产生了新的急躁情绪和不安心态。当观察者可以表明法律正处在“形成”过程中时，也就存在着转型阶段。它正抛弃残旧教条、争取更自由地运动。许多年来，这是一条书面的定理：如果缺乏特定的保护义务，人们在目睹他人遭遇灾难——溺水或者失火时，可以漠不关心、袖手旁观，即便救助不会带来任何损失。一个如此悖离道德的规则必令人疑虑丛生。当我们发现近期的判例显示出限制或摈弃它的趋势，就毋需感到惊讶了。[③] 我们至今尚不能说，旧的规则已被取代。这些判例的影响
力还太小。然而，怀疑的种子已播下，衰败的先兆已露。总有那 266
么一天，我们可能惊觉，旧的组织已崩溃。新的概括将出现，新

① *Cf*. Brandies, J., in Adams v. Tanner, 1917. 244 U. S. 590, 600.

② 许多例证参见 Lefroy: "The Basis of Case Law," 22 *L. Q. R*. 293, and Andrews, "Recent Decisions of the Court of Appeals." 12 *Cornell Law Quarterly* 433.

③ Pound, *Law and Morals*, pp. 72, 73; and *cf*. his citation of Bentham, *Principles of Morals and Legislation*, ch. 17, sec. 19, Clarendon Press Edition, p. 323; Lefroy, "The Basis of Case Law," 22 *L. Q. R*. 293; Queen v. Instan, 1893, 1 Q. B. 450.

的法律也将随之而来。[①]

我们前进的路程，既非一条直线，也非一条曲线。它是一系列的圆点与短线。通过一系列介于极端之间的妥协，借用科恩教授的话来说，通常是介于“实用主义和理想主义”之间的妥协，进步取得了一次次的飞跃。“法学家毋需考虑法律应是什么，这种观念源自下列神话：法律是一个完善、封闭的体系，法官和法学家们仅仅是记录其意志的自动机器或是宣告其规定的留声机。”[②] 正义的理想终究不会容忍“被法律理论摒弃”，也不会容忍“被法律实践”摒弃。[③] 有人说，“现在的状况就是正义的理想已在法学家中失去威望，只获得一种悄无声息的追随。”[④]

---

① Queen v. Instan, 1983, 1 Q. B. 450 是一个重要判例。该案的被告是一个成年妇女，自己无生活来源，与供养她的 73 岁姑妈住一起。姑妈在生命的最后十天饱受病痛折磨，生活完全不能自理。这段时间里，与其同在一个屋檐下的被告，从商店购买了食物，却全然不顾重病的老妇人，既不照顾她，也不寻求医务护理。食物和护理的缺乏，加速了老妇人的死亡。上座法院在判决中一致同意：在上述情况下，被告负有向姑妈提供充足食物以维持其生命的义务，她被判一般杀人罪。Coleridge 法官说（页 453）：“每一项道德义务都对应着一项法律义务，这种说法是不确切的，但是，每一项法律义务都建立在一项道德义务之上。一项普通法义务不过是由普通法来执行一项不具法律约束力的道德义务。在本案中，病人只有通过该犯才能获取食物，后者毫无疑问具有一项明确的义务：向病人提供必要的、足够的维持其生命的食物，使其能按时进食，当然，供养病人及其该犯所需费用由病人来支付。因而，该犯具有无可推卸的普通法责任…我们还没有可直接适用的先例；但是，如果对本案涉及的法律规则或者现有判例存有任何疑义的话，就是这个国家司法的污点和耻辱。该犯对病人负有道德上的义务，由此产生了一项普通法法义务。”

某人对处于危境之中的第三者应当负有帮助或营救的法律义务，这一主张缺乏判例的支持，可以从依据伦理的是非观中发现原因。这种主张依然只是一种重要的思想趋势，日积月累才获得力量、加重份量。

② Morris R. Cohen, “Positivism and the Limits of Idealism in the Law,” 27 *Columbia Law Review* 237, 238.

③ *Ibid*.

④ *Ibid*., p. 237。

作为法律发展动力之一的理想主义，其威望是否真地处于如此低落的衰退阶段，对此我暂且存疑。如果让我用海潮的术语来评述这情形，我会说，洪峰的季节即便还没有到来，也近在咫尺。① 在我看来，法律的理想主义比以往更强烈地意识到自身的存在。尽管它一度默默无闻，法学家们，诸如德国的施塔姆勒和法国的惹尼，已将其昭告天下。无论理想主义的威望怎样，无论其发展进程如何秘而不宣，其力量却无可置疑。你可以用各种各样的镣铐和老虎钳束缚法律的手脚。身怀绝技的法官总能出其不意地使它获得自由。即便在以法典为基础的法律体系中，情况也是一样。在我们这样的法律体系中，就更稀松平常。即便在一个以法典为主的体系中，也有许多东西是法律未规定的。法典仅仅陈述一般性原则，填补罅隙则是法官的工作。② 这时，公正之法(just law)，即达成正义之法，是法官的指南。实在法确实可能无视公正之法。"我们必须牢记，"施塔姆勒说，"法官只有在实在法指引其直接引述和适用公正之法的情况下，才有权如此行为。"③ 然而，指引既可以是明示的，也可以是暗示的。"实在法既可以通过明确的指示，也可以通过沉默的方式赋予他这项职责。"④ 在法律沉默的情况下，我们必须求助于法律自身的基本理

① *Cf*. Cardozo, "A Ministry of Justice," 35 *Harv. L. Rev*. 113, at p. 126.

② Stammler, *Theory of Justice*, Modern Legal Phil. Series, 198, 199; Vinogradoff, *Historical Jurisprudence*, vol. 2, pp. 64, 65, citing Aristotle's *Rhetoric*.

③ P. 240; *cf*. Brutt, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, p. 147.

④ P. 241

267 念，“一种推动正义实现的努力。”① 不过，参照公正之法通常是明确无误的。以德国民法典第242条的规定为例②：“债务人有义务诚信地履行给付，尊重商业惯例之要求。”法国民法典也有类似的规定。③ 当公正之法占上风的时候，我们不能将其视为与实在法不同、甚至敌对的东西。它本身就是实在法的一种形式，一条分支或者附属的一部分。施塔姆勒艰难却明晰地发展了相关理论。他说，“有关实在法与公正之法的概念”④ 盛行着一种“错误的理解。”对大多数人而言，“实在法与无论如何都不能算法律的“道德规范之类的东西”之间，似乎存在着明显区别。事情并非如此。我们所说的区别只是法律之内的区别。它是指在决定‘实在’法‘内容’的方式上存在的差异。它们仅仅是实在法实现其基本目的时运用的不同手段。因此，‘诚信’并不外在于实在法；更不用说反对它了；它是实在法决定自身内容的一个工具。”

如果说法典必需参引道德规范来补充成文规范的话，可以肯定，普通法法官应更自由地使用这一（法律）发展工具。他们培育的整个体系都建立在一个假设之上——法律是道德的一种表达。先例确立起来的东西不会在旦夕之间被推翻，确定性和统一性是一种财富，不应轻易地成为牺牲品。当诚实者的行为是基于对公示规范的信任时，这一点尤为正确。另一方面，遵从先例不

---

① P. 209, *cf*. Brutt, *op*. *cit*., p. 163："在一些情况下，我们的法律坦率或者诚实地参引公正之法（Sehr zahlreich sind die Falle, in denen unser Recht unmittelbar auf richtiges Recht Bezug nimmt.）。"

② *Burgerliches Gesetzbuch*.

③ Sections 1134, 1359.

④ P. 259.

应成为一种迷信。随着岁月的流逝，判例和社会精神之间的差距
将越来越大，最后，结束这种差距，可能只会令招摇撞骗的卑鄙
小人感到失落。遵循先例与推翻先例之间还存在许多中间阶段。
道德压力即便不适于抹杀过去，也可以用来指明将来的方向。错
误的先例可能仍然有效，却是软弱、受制约的，杀伤力很小。当
新形势呼唤适当的类推时，它将被小心地忽略掉，尽管其间的新 268
因素也许很少。其他类推将随之出现，也许不太精确、却更能适
应道德的需求。这种力量将逐渐加强以重建判例与正义的平衡。

271

二、正义的内涵——价值科学

在法律之路形成的过程中，正义若具有上文所述的重要位置，我们了解正义的含义将获益匪浅。“我们所寻求的，不仅是某人的权利和义务已由法律确定时而接受的正义，我们所寻求的，是法律在形成过程中应遵循的正义。”[①] 施塔姆勒的《正义论》在道德与正义之法之间划出了一条清晰的界限。他持有一种康德式的观点：道德仅涉及纯粹的意志。[②] 相反，公正之法与行为相关。由此出发，他继续论证道：[③] “随着时间推移，不管人类道德的完善达到了何种程度，社会生活的合理规则将始终作为研究的一种特定客体而存在。技术上的可能性、不断发展的品质与能力以及世界不同地区人们生活的外部条件，所有这些为合作提供了特定基础，这种合作必须受到规范。这种规范成为一种独立的方法以及研究的客体。如果我们想获得最终的成果，那么，即使一个纯粹技术性的经济体系，也不能直接依据诚信和完美品质的原则进行管理。我们面临的问题具有这样的性质：必须通过外在行为的规则来控制它们。”当然，也有些伦理学家拒绝接受这一康德式原则——行为可以同行为者的意志区分开来，行为本身及行为内容都不具有伦理性。“大多数人，”斯宾塞说，[④] “都将可能招致称赞或谴责的人类行为视为道德的主题。然而，只有从客观上看对本人、他人或两者产生了或好或坏结果的行为，才是道德的最重要主题。”边沁的理论就是：“动机的好坏，仅仅取

① Cardozo, *Growth of the Law*, p. 87.
② Stammler, *op. cit.*, pp. 40, 54, 58.
③ P. 55.
④ *Principles of Ethics*, part ii, “Justice,” sec. 246.

决于它们的效果。"[①] 今天，以英国新现实主义闻名的一批思想家——乔治·莫尔（George E. Moore）是其中杰出的代表，认为善是一个最根本的、客观存在的实体。[②] 依此观点，施塔姆勒所说
272 的公正之法与道德之法应是一致的，或者与那些确定正义性质的众多道德法是一致的。

在冲突的思想中进行选择，或者探索一条和解的折衷之路，留其精华，去其糟粕，正如已有人所做的那样，这些工作还是让伦理学家们去做吧。[③] 法学家们将求助于一种法律常用、哲学也不陌生的方法。一位德国哲学家汉斯·法伊英格尔（Hans Vaihinger）写了一本题为《似是而非的哲学》（*Die Philosophie des Als Ob*）的书。"这部著作称作《似是而非的哲学》的原因是，"他说道，[④] "对我而言，它与其他任何可供选择的题目相比，都更真切地传达我的意思，'似是而非'，即表面假象，意识上的错误，其对科学、哲学和生活的影响巨大。我想一一列举，我们蓄意基于意识上的错误观念或者确切点说错误判断而运用的所有方法。我想揭示这些特殊方法的隐秘状态。我想提出一套完善的理论，一种解剖生理学，或者确切地说，一种'似是而非'的生态学。"例如，亚当·斯密就是"似是而非"哲学的信徒，他的政治经济学建立在经济人的假设之上，认为除了利己主义、尤其是利己主义中指向经济利益的特定因素，经济人不受任何其他冲动的

① *Principles of Morals and Legislation*, ch. x., sec. 2.

② Moore, *Ethics*, Home University Library; A. K. Rogers, *English and American Philosophy Since 1800*, p. 143.

③ Dewey and Tufts, *Ethics*, pp. 237, 238.

④ Ogden's Translations, *The Philosophy of As If*, p. xli.

激励。然而，没必要到法学以外的领域里收集例证。法律对“似是而非”的哲学并不陌生。它的许多学说都建立在扭曲事物本来面目的虚构想法之上。现在让我们暂时不管那些在法律风景线上占据了一席之地的较为粗糙的拟制；比如文状（pleadings）中明知不真实、却不能推翻的声明。这些拟制绝大部分都是实现司法目的的工具，然而有时却显得愚笨甚至带有攻击性。实际上，马修·霍尔（Matthew Hale）爵士的父亲“因为良心无法接受为了给诉讼增添‘色彩’而在文状中加入不真实声明的制度”，[①] 放弃了法律工作。这些形式已成昨日黄花，但我们现在仍有准合同、拟制收养（the adapted child）、推定信托，它们全都生机勃勃，见证着今日“似是而非”的王国。然而，我在这里主要想探讨对另 273
一种秩序的拟制，它是一种有效的思想工具，有时隐身在人们的视野之外，直至反思和分析使之大白于天下。正如政治经济学中有经济人一样，法学中有理性人，疏忽大意之人，以及与我们刚才讨论密切相关的——道德人。最近，雷格顿（Rdgerton）教授在一篇文章中回顾了区分主观疏忽大意与客观疏忽大意的经典文献。通过大量的例证，他发展了下列理论：“疏忽大意既非也不涉及漠不关心（indifference）、漫不经心（inadvertence）以及任何其他精神特质、状态或过程，即不以它们为先决条件。疏忽大意是一种不合理的危险行为——例如，容易产生危害的反常行为。某人不存在疏忽大意，即通常所谓的‘适当注意’（due care），并不要求其保持注意或其他任何精神状态，而仅仅要求其行为具有合理的安全性——就如一个正常人作出的行为一样，极不容易

① Birkenhead, *Fourteen English Judges*, p. 53.

产生危害。"[①] 法律虽然直接挪用了道德规范为自己所用，但仍然保持了相对道德来说客观的外表。当意志或动机成为某个违法行为的核心问题时，倒可以拿纯粹的意志作为藉口。[②] 至于在道德理想也是法律标准的情况下，实现道德理想仍然具有不同的意义。道德价值的法律模式是指：在行为人"似乎"具有正常意志力与理解力的特定情境下，那些行为就会被视为道德的。法律规定的条件可能会低一些。它并不追求较低的条件。法律在构造理想模式时，不会寻求最低的标准，同时也可能不会寻求最高的标准。

让我们再回到作为法律规范之正义的定义。它可能比伦理学上正义的特定涵义更广泛或更狭窄。在我看来，它是法律思想认为可以在法律惩戒的威慑下，得到明智而有效地执行的那些道德。对于这一点，施塔姆勒的说明与分析几乎无济于事。对他的理论作简要概括几乎没有意义，没有大量例证，就无法理解它。[③] 他在发展正义的定义时，并不缺乏启示作用。然而，对处于蹒跚学步阶段的思想而言，这个定义却过于模糊和抽象，而不能提供一臂之力。[④] 我想，如果采用另一种更实际、归纳性更强

274 的方法，法律可能会做得更好。你可以在法国列维—布留（Levy-

① Edgerton, "Negligence, Inadvertence and Indifference," 39 *Harv. L. R.* 849.

② See *e. g.*, "Director of Public Prosecutions v. Beard," 1920, A. C. 479; Holdsworth, *op. cit.*, vol. 8, p. 443.

③ 你可以在 Hocking 的 *Law and Rights* 一书发现，对 Stammler 思想所作的非常有益的概括。

④ *Cf.* Kaufmann, "Der Kritik der Neukantischen Rechtsphiosophie," pp. 11, 16, *Tubingen*, 1921.

Bruhl）和英国霍布豪斯的著作中发现这种方法的例子。[①] “从静态和动态两个角度看，”列维—布留说，[②] “任一特定社会在任一特定时代的道德取决于该社会各类条件的总和。”“社会正义如果不是一个持续进步的过程，也是一个‘正在’进步的过程。”[③] “因而，道德理想的内容是想象、传统和观察社会现实所得的混合体。”[④] 我们在霍布豪斯那里发现了同样的思想。道德标准是冲动与惯习，[⑤] 也是习俗与反思之间相互作用的产物。

归结而言，有些行为方式，在理性、惯例和传统的共同影响下，在任何特定地方和任何特定时代，都被普遍认为是道德的或不道德的。如果让我们明确界定那些导致它们被如此定性的特质时，会发现给出回答非常困难，然而，定义其他行为方式的抽象特质，即便是那些最熟悉不过的，我们也会遇上同样的困境。人们对待行为方式的态度，不可能在所有时间或所有地方都一样。法律调整社会行为，会将该社会的道德作为正义的模式。话虽这么说，我们不能无视不确定性远未消失这样的事实。不仅不同社会的道德不同。同一社会的所有群体，其道德规范也不在同一水平。必须在此群体与彼群体的标准之间作出选择。我们仍要面对如下问题：在哪一个层次上，社会压力强大到足以使道德规范变成法律规范？我们只能说，这条线高于最低的道德原则和习惯，而低于最高的道德原则和习惯。法律不会让芸芸众生遵循圣人与

① Levy-Bruhl, *La Morale et la Science des Moeurs*; Hobhouse, *Morals in Evolution*; *cf*. Demogue, *op. cit.*, 7 *Modern Legal Phil. Series*, pp. 376, 378.

② *Op. cit.*, p. 197.

③ P. 213.

④ P. 151.

⑤ Dewey, *Human Nature and Conduct*.

先知的道德。它将依照或努力依照社会视为智慧、善良的男人与女人的道德原则和习惯。

接下来的问题是：法律追求的正义应与美德（virtue）保持普遍的一致，还是仅与其中的某些方面保持一致。人们进行了许
275 多努力，试图剥离美德的其他形式，将正义的特质分解出来，使其成为法律的理想。[①] 柏拉图从正义中发现了精神的和谐，使它拥有了普适性的美德。[②] 亚里士多德将美德看成是各个极端之间的中庸之道，仅在正义中看到了美德的一个方面，即美德中每个人藉以获取应有权益的那类品质。这种看法仅仅掩饰了困境，因为仍需界定什么是应有权益。[③] 然而，亚里士多德没有停留在纯粹合法性的观点上。他认为，即便此时，法律理想仍然是一种受限制的正义，且不限于此。亚里士多德对此主题的探讨，最有意义的部分是阐述法律外正义的章节。[④] 正义得到理性的补充，法律得到公正的补充，规则得到人道例外的补充。“关于正义的这部分学说构成了希腊法学最具指导意义的内容之一，它具有悠久的历史，对现代法学理论的发展产生了巨大影响。”[⑤] 在《伦理学》讨论其他美德的章节中，也有类似的思想。亚里士多德说，“最有理的公正原则应具有友谊的性质。”[⑥] 四海之内皆兄弟也。

---

① Cardozo, *The Growth of the Law*, p. 86.

② Hobhouse, *Morals in Evolution*, p. 554; Archibald Alexander, *A Short History of Philosophy*, p. 57; Plato, *The Republic*, Book iv, sec. 443 (p. 149, Golden Treasury ed.).

③ *Cf*. Cohen, "Positivism and the Limits of Idealism in the Law," 27 *Col. L. R*. 237, 240.

④ Vinogradoff, *Historical Jurisprudence*, vol. ii, p. 63; Aristotle, *Nicomachean Ethics*, Everyman's ed., pp. 126, 127.

⑤ Vinogradoff, *op. cit.*, p. 63.

⑥ *Nicomachean Ethics*, Bk. Viii, Everyman's ed., p. 183; *cf*. p. 197.

到了现代，斯宾塞宣布了一个正义公式，“任何人，只要没有侵犯其他人的同等自由，就享有为所欲为的自由。”① 实际上，这是一种关于自由的正义。施塔姆勒在分析正义时，② 引入了仁慈（grace）或宽大（leniency）的概念，正如亚里士多德做得那样，却以一个自由发展、自由塑造个性的康德式理想结束。因而，我们法律体系所吁求的标准有时具有正义的特质，有时也具有平衡、公平以及符合良知的特质。③

一个如此博大的理想不可能被浓缩在有关债务人与债权人交易关系的类推中，将正义视为等价交换。正义的法律规范与正义的道德规范一样，甚至比后者更多地渗透了与正义有时形成鲜明对比的品质，诸如慈善和同情。④ 某人因疏忽大意付错了款，即便数目过大，也只能自己承担这一困境。尽管如此，银行错误地支付了一张顾客签发的超出其帐面余额的支票，有时却可以从收款人，一个善意行为的第三方那里追回款项。⑤ 所有权会因令人 276
同情的疏忽大意或者错误面遭剥夺。因一时之需、不顾将来出卖遗产的人，知道这笔买卖使自己永远地放弃了期待。尽管如此，法律，至少是许多州的法律，却强制买主作出非自愿的慈善行

① *Principles of Ethics*, part ii, “Justice,” sec. 272; *cf*. Small, *General Sociology*, p. 603. 其他定义见 Demogue, *Analysis of Fundamental Notions*, vol. 7, Modern Legal Philosophy Series, pp. 481, 482, 483, 494, 494; Cardozo, *The Growth of The Law*, pp. 80, 87.

② Op. cit., pp. 94, 193.

③ Haines, “The Law of Nature in Federal Decisions,” 25 *Yale Law Journal* 617，最近的例子见 Yome v. Gorman, 1926, 242 N. Y. 396, 402, 404.

④ *Cf*. Dewey and Tufts, *Ethics*, p. 415.

⑤ F. N. Bk. v. Carnegie Trust Co., 1915, 213 N. Y. 301, 306; Mt. Morris Bank v. 23rd Ward Bank, 1902, 172 N. Y. 244.

为，使其不能乘人之危。① 当不受欢迎者被责令离去却执意留下时，土地所有人可以驱逐他，对于一个擅闯宅地的侵入者，所有人的权利就更大了。尽管如此，如果驱逐将给生病的客人带来危险，或者如果侵入者是在暴风雨中将小船停在码头旁、以寻求庇护，那么土地所有人的特权就消失了。② 对租期届满、继续占据房屋之人，房东有权决定是否将其视为签订了新一年租约的房客。③ 尽管如此，当搬家将给突生疾病的原承租人带来危险时，房东不能根据逾期占据作出这类选择。④ 夏洛克走上法庭寻求正义，波西亚却使我们知道，不管法律规范表现得多么严格解释契约，实际上并没有失去悲天悯人的品质。⑤ 如果说，当救济是法定的、可强制执行的权利时，情况确实如此，那么当救济是衡平的，根据（法官的）自由裁量权来实施时，这种情况就更稀松平常了。衡平法准则“你们的合意即为法律（*uti lingua nuncupassit, ita jus esto*）”构成了合同法的基础。⑥ 这才是基础，虽然成篇累牍的东西却在显示救济是通过伶牙俐齿获得的。还有一些情形则更清楚地展示了仁慈因素。合同在签订时不存在欺诈或强制，情势变更致使合同执行困难。大法官拒绝提供救济，驳回了原告明知无益的赔偿请求。将慈善作为一种义务，正义再次得以实现。

---

① Pomeroy, *Equity Jurisprudence*, sec. 953.

② Depue v. Flatau, 100 Minn. 299; Ploff v. Putnam, 81 Vt. 471; Vincent v. Lake Erie Transp. Co., 109 Minn. 456; Bohlen, "Incomplete Privilege to Commit Intention Invasions of Property and Personality," 39 *Harvard L. R*. 301.

③ Schuyler v. Smith, 1873, 51 N. Y. 309.

④ Herter v. Mullen, 1899, 159 N. Y. 28.

⑤ Cf. Jhering, *The Struggle for Law*, Lalor's translation, p. 18.

⑥ Stammler, *op. cit*., p. 300.

规则必须具有弹性，才能将不断变化的事物囊括其中。作为法律规范的正义，不是特定情境下道德行为整体中固定或明确的某一方面。另一方面，即使从客观上考虑，它也不等同于整个道德，而是某个特定时代的思想和习惯认为赋予法律惩戒的力量比较适当、故从一般道德中划分出来的那些道德。[①]这与杰利内克 277
(Jellinek) 主张的学说不无相似，尽管也有些不同。该理论认为，“法律是最低限度的伦理，即社会发展到特定阶段必须绝对遵守的道德要求总和。”[②]如果我们用诸如“正义的法律规范”这样的词语来替代上文的“法律”一词时，与事实也出入不大。我想，法官不可能运用自己的力量，一步到位地使现行的法律奉行这一暂时的理想。迄今为止，没有立法机关的帮助，意图改革创新的进步都因过于激进而不能一举成功。我想，这就是理想，虽然任何特定时代的法律总是落后于它。如果借用水法中的一个隐喻，那么，法官的工作与其说是一个撕裂过程，毋宁说是一个侵蚀过程。这儿侵蚀一点，那儿侵蚀一点。我们后来举目四望，看！曾经荒凉的土地已变成良田。[③]促动法律惯例发展的，通常就是确立惯例的方法和力量。“我们知道，”霍布豪斯在《进化的道德》一书中说，[④]“当一个人在这儿扩展了一点，在那儿又创新地适用了一个先例，惯例就这样不知不觉地变化、发展和消失

① *Cf*. Pound, *Law and Morals*, p. 111; Duguit, *Traite de Droit Constitutionnel*, vol. i, pp. 36, 41; Cardozo, *Growth of the Law*, p. 49.

② Korkunov, *General Theory of Law*, p. 61; Pound, *Law and Morals*, p. 110.

③ Street 愉快地表达了这一思想。见 *Foundation of Legal Liability*, vol. i, pp. 499: “发展必定存在。它不是跳跃式的。不能略过任何中间过程。在法律发展的过程中，旧的规则被取代，却是通过自然的、不可避免的、有时是无意识的步骤实现的。”

④ P. 616.

了。我们可以看到众多力量如何相互作用改变了习惯，在任何人都未意识到变化之前，一个新传统即已诞生。”法律的成长也是这样。法官为了回应道德的需求，在这儿扩展了一点，或在那儿又创新地适用了一个先例。不久以后，一个新传统形成了。人们发现：曾被仅仅视为道德、除社会舆论以外而无其他惩罚措施的义务，却可以有效、明智地从属于另一种惩罚形式，即社会的力量了。道德规范和法律规范一直被努力结合在一起，现在终于合二为一。

正义是可法律化的道德或者已法律化的道德，这种概念与密尔分析的正义观念非常相似，尽管不是完全相同。“众所周知，”在一篇题为“功利主义”的文章中，他说道，[①]“伦理学家将道德义务分为两类，用不太确切的话来讲，一类为绝对责任，一类为非绝对的责任；后一类是指：责任尽管存在，但履行责任的特
278 定情形取决于我们的选择；比如，我们的确应当乐善好施，却不限于任何特定的人，任何特定的时间。用法哲学家们更确切的话来说，绝对责任的义务，其相对应的权利归属于某人或某些人；非绝对责任的义务是指那些不产生任何权利的道德责任。我想，人们会发现，正义与其他道德责任之间也存在着大致相同的区别。纵观流行的诸类正义，我们会发现，该词似乎总是涉及一种个人权利的概念，即一人或多人拥有的请求权，正如法律在授予财产权或其他法定权利时所提供的那样。不公，无论是指剥夺了某人财产、对其背信弃义、没有按其应得的那样对待他，还是指同等情况更差地对待，所有这些假设的情形都意味着两件事情：错误的行为和某个可指定的、被错误对待的人。对某人比对其他

① Everyman's Edition, p. 46.

人好也会产生不公；不过，这里的错误是对其竞争者而言的，因为他们也是可指定的人。我认为，某人拥有与道德责任相对应的权利，这一因素构成了正义不同于宽宏大量或乐善好施的特别之处。正义不仅意味着对的就做、错的就不做，也意味着某人可以根据其拥有的道德权利向我们提出（权利）要求。”密尔继续指出：“任何人都不拥有要求我们宽宏大量或乐善好施的道德权利，因为没有道义羁束我们须将这些美德施予任何特定的人。”如我上文的说明那样，在有些时候，我们却必须遵循它们：那时，慈善的美德失去了不特定的品质，而意味着一种相应权利要求的存在。至此，它被纳入了正义的范畴，成为一种法律规范。

一旦人与人之间的关系被组织成为一种特定的法律关系时，法律界定的义务与道德界定的义务会越来越相似。法律不会要求富人施舍穷人，然而在某些情况下，却会限制乘人之危的权力。法律不会将善待邻人的义务强加于人，却会强制人们履行善待妻 279
儿或幼儿的义务。我们会观察到，某些社会关系一度模糊和松散、缺乏法律性质，却可能变得明确而有组织，并最终产生权利与义务。一种新的关系可能就此确立，有时则是对现有关系的延伸。许多年以来，人们都在强调契约的相对性（privity）。有时候，由于缺乏相应的契约关系，道德确认的义务却得不到法律的确认。最近的判例逐渐削弱了契约的重要性，将法律关系扩展到具有义务关系的当事人。[1] 法定义务的范围扩展了，以顺应道德的需求。在判定土地所有人对年轻人和漫不经心之人应负有特别

---

① Cardozo, *The Growth of the Law*, p. 77; *cf*. Int. Prod. Co. v. Erie R. R. Co., 1927, 244 N. Y. 331.

义务的案例中，我们发现了同样的需求。[①] 在最近涉及一些婴儿无行为能力概念的判例中，我们也发现它正在逼近，这些判例如果仅仅机械、简单地适用概念，就会产生不公。[②] 受邀者（invitee）的范围也在逐渐扩大，以增加主人对客人甚至人侵者的义务，我们从这一趋势中，也发现了它，尽管尚处萌芽状态，却仍清晰可查。[③]在胁迫（duress）概念引人注目的发展中，我们又发现了它，今天，这一概念已宽泛地足以就长久以来被划人无罪范畴的强制行为和不正当行为提供救济。[④] 实际上，立法有时也在推进这一运动。例如，为争一时之气的邻人切断了土地所有人的光线或空气，在普通法上，后者不可能获得赔偿。[⑤] 反对恶意栅栏的立法却确立了邻里间的亲善义务。[⑥] 然而，在某些领域，成文法也无能为力。商人为了谋求发展，在商业竞争时，可能会对竞争者作出刻薄的举动。如果他纯粹出于恶意的动机，想致对手于死地而后快，可能就有些玩火自焚了。[⑦]

今日道德规范与法律规范的区别就在于此。但我们必须警惕，不要认为它们具有最终的特性。施塔姆勒在讨论德国民法典

---

① R. R. Co. v. Stout, 17 Wall. 657; U. P. R. Co. v. McDonald, 152 U. S. 262; Glasgow Corp. v. Taylor, 1922, A. C. 1; Perry v. Rochester Line Coo., 1916, 219 N. Y. 60, 65; *contra*, Walsh v. Fitchburgh R. R. Co., 1895, 145 N. Y. 301; and *cf*. United Zinc & Capital Co. v. Britt, 1922, 258 U. S. 268.

② Rice v. Butler, 1899, 160 N. Y. 578; Myers. v. Hurley Motor Co., 1927, 273 U. S. 18; *contra*, McCarthy v. Henderson, 138 Mass. 310.

③ Pampana v. N. Y. Ry. Co., 66 Conn. 538, 539; Glasgow Corp. v. Taylor, 1922, A. C. 1; Shearman and Redfield, *Negligence*, 6th ed., sec. 706.

④ See, *e. g.*, Buckley v. Mayor, 30 App. Div. 463; 1899, 159 N. Y. 558.

⑤ Phelps v. Nowlen, 1878, 72 N. Y. 39.

⑥ Rideout v. Knox, 148 Mass. 368.

⑦ *Ante*, p. 14; *cf*. Exchange Bakery v. Rifpin, 1927, 245 N. Y. 260, 263.

时[①]，坚定地认为，正义的规则不应该仅仅禁止基于恶意的不友善行为，而应该做得更多。在他看来，行为人在没有损失或损失相对非常小的情况下，应当负有慷慨行为的积极义务。毫无疑 280
问，道德规范不可能满足于较低的标准。法律规范要求的与道德规范一样多的时代也终有一天会来临。社会习俗的持续压力所造成的转变，正如诗人奇迹般实现了梦想。他醒来，美梦成真。法律正义的准则随着我们的梦想而萌生，在新的土地上茁壮成长。我所说的正义规则，它是一种广义上的正义，正义因而改变，因仁慈或宽大这样更温情的美德而改变。法律规范被等同于这样的道德规范：它对社会观念施加了足够强大的压力，使之不能满足于纯粹社会舆论的惩罚。对此，社会情绪和信念的一种回答或反应是：出现了用社会力量的惩戒来强化社会舆论惩戒的要求。当这一压力强得不可能再抑制时，法官就要发话了。因为他们是社会观念、意志、期待和愿望的诠释者。[②] 他们告诉我们，行为或观念的准则与规范，在何时已通过习惯或道德的力量组织化得足以应被转化成法律。维诺格夫（Vinogradoff）* 在演讲录《习俗和权利》（*Custom and Right*）[④] 中说道："每一天，人们都会从所有可能的角度提出要求，这些要求中有时有些可以被称为自然权利或道德权利。赋予他人利益的人，即使他没有被某种文件有效地承认为债权人，要求对方表达谢意或提供互惠服务也是合理的。这一道德要求如果要变成一种法律上的请求权，还需要经过第二

---

① *Op. cit.*, p. 253.

② Lefroy, "The Basis of Case Law," 22 *Law Quart. Rev.* 293, 302, 303.

* 维诺格拉多夫（1854－1925），俄裔的英国法学家和历史学家。

④ P. 68.

个步骤，即权利宣告。权利宣告是一项来自组织化社会的认可：该请求权的正当性得到公众观念的认同。”① 组织化社会可以通过立法机关中的代言人表达这种承认，也可以通过它的法官表达，至少在我们盎格鲁-萨格森体系是这样。“观念和习惯逐渐得以巩固，”② 发挥作用，法律的制裁力也被附加于它们的制裁力之上。

我说过，法官是“社会观念”的诠释者。这种表达可能引发
281 众多文字之争。我可不想招惹它们。有的社会学家认为社会观念凌驾于社会成员的观念之上。③ 其他学者却告诉我们，如果非要使用社会观念这一术语的话，它纯粹是社会中个人观念的总和。④ 如果有机会讨论个体与群体之间的对立的话，我的看法可能会更明确一些。让我将一元论与多元论、唯名论与唯实论之间无止境的争论暂放一边，强加在这种争论之上的残杀场面已经太多了。将社会观念视为单一的还是多重的与我们现在的讨论毫无关系。就让它仅仅代表某个组织或某些组织，无论它们是单一的还是多重的，公众见解是从它们中产生的产品。李普曼（Lippmann）教导说，放在我们面前的这一产品经常带着似是而

① *Cf*. Duguit, *Traite de Droit Constitutionnel*, vol. 1, p. 361.

② Vinogradoff, *op. cit.*, p. 21.

③ Cooley, *Social Organization*; Maitland, *Introduction to Gierke's Political Theory of the Middle Age*, xviii; *cf*. Hocking, *Man and the State*, p. 351; Borchard, "Government Responsibility in Tort," 36 *Yale L. J*. 757, 774.

④ Perry, *General Theory of Value*, pp. 461, 462, 465, 467; MacIver, *The Modern State*, pp. 449, 452, 474; Laski, *Grammar of Politics*, p. 32; Hobhouse, *Social Evolution and Political Theory*, p. 87; Giddings, *The Principles of Sociology*, p. 132.

非的标志与符号，辨认其品质往往不是一件容易的事情。[1] 最近，杜威博士在“公众及相关问题”的讲演中也阐发了同一理论。实际上，“公众”一词本身存在歧义，因为人们所评价或看重的，不是大众草率地、不假思索的印象；而是他们中某些人的思想，他们的印象已发展成真正的观点。[2] “在我看来，”李普曼先生说，“公众不是一个固定的个人集合体。”[3] 因此，吉丁斯（Giddings）要求我们明确区分“公众观点与大众观点和信念，将公众观点定义为对社会判断的批判性思考。”[4]观点不是老生常谈——至少不是任何法律规定的固有东西。“一种合理的见解，无论属于治国之道、科学、道德，还是其他什么类型，都可以将其他所有见解吸纳成为自己的观点。”[5] 我们不需要在理智的和愚蠢的思想之间寻找一个平均值。[6] 如果观点不是老生常谈，它更不是一种草率的偏见，突发奇想或者想入非非。我们应视其为“占优势地位的强有力观念”，往往具有将期望转化为法律的能力。[7] 公共意志必须经过相当长一段时间才为人们所知，也必须

---

① Lippmann, "Public Opinion," "Liberty and the News," "The Phantom Public," *passim*.

② *Cf*. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, pp. 108 – 111.

③ Lippmann, *The Phantom Public*, p. 77; *cf*. pp. 168, 198; Hobhouse, *supra*; also Dewey, *The Public and Its Problems*, pp. 116, 117, 123, 126, 177; and Lowell, *Public Opinion and Popular Government*, pp. 13, 15; C. H. Cooley, *Social Organizations*, p. 121.

④ Giddings, *Inductive Sociology*, quoted by Barnes, *Sociology and Political Theory*, p. 202.

⑤ Cooley, *op. cit.*, p. 124; Hobhouse, *supra*.

⑥ "Quid turpius quam sapientis vitam ex insipientium sermone pendere?" Cicero, *De Finibus*, Book II, xv (Loeb's *Classical Library*, p. 138.)

⑦ Holmes, J., in Noble State Band v. Hadkell, 219 U. S. 104.

通过一种明显的方式，从而具有稳定性和权威性。[1]

282 我没有低估原初见解的盲目性，谨慎解释其性质的必要性以及每条谨慎的规则在形成和被遵从的过程中出现错误的多种可能性。任务摆在这儿，尽管困难重重，你也必须竭尽全力地完成它。立法者面临程度不等而非种类不同的问题，每天都在解决或试图解决它们，成败难论，但至少开始时，他们未言放弃。读一读查尔斯与玛丽·比尔德（Charles and Mary Beard）的《美国文明的兴起》这样的书，看一看社会力量的洪流如何将派系的漩涡与党派的支流冲到一边，或是将它们卷入到更大的运动中去。[2] 最重要、最别具一格的方法是屈从于覆没派系与党派界限的社会力量，产生于一种非个人的综合意志。在很多时候，无数个声音喧嚣着，要求法院翻阅生活这本书，并将读书心得公之于众。

在讨论法律规范以及通过司法过程逐渐发现和确立它们的问题时，我将正义的品质这样的问题单独提出，审视它，似乎理解它、宣告它的探索是件特殊的、非凡的事情。实际上，这种探索仅仅是一个更广泛尝试的一个侧面，一个更漫长运动的一个阶段，一个更宏大历史过程的一个组成部分。我们从社会观念透露出来的东西中，读出了法律正义的品质。在同一本书中，我们也读出了所有社会利益的价值——道德的、经济的、教育的、科学的或美学的。一门新的科学、有关价值论的科学，正引导探索社会问题的学者们正确地阅读这本书。许多著作可供参考，我们仅

---

① *Cf.*, W. H. Taft, *Popular Government*, quoted by Dickinson, *Administrative Justice and the Supremacy of Law in the United States*, p. 103; also Lowell, *op. cit.*, pp. 13, 15, 24, 46.

② Beard, *Rise of American Civilization*, vol. 2, p. 589.

列其中几种，诸如波根（Bougle）的《价值发展》（Sellars 女士提供了很好的译本）、佩里（Perry）的《价值的一般理论》（*General Theory of Value*）以及奥本（Urban）的《价值、价值性质及其规律》（*Valuation, Its Nature and Laws*）等等，它们对社会成员在利益冲突和竞争时运用或应当运用的价值进行了分析、解释、区别和分类，正是这些冲突的利益使人们的生活变得丰富。

不同的意见自然有，几乎在每一门科学中都存在，至少在早期阶段是如此。由于价值纯粹是主观的，有关价值的争论显得尤为艰难，就像人们谈论个人的口味一样。[1] 尽管价值具有主观性，其形成在很大程度上却是基于外在力量的压力。价值，包括 283
那些看起来最个性化的价值，也是社会的产物，集体生活的产物，至少部分如此。实际上，有些学者，诸如杜克海姆和波根，认为社会的创造力一直居于主导地位，无论对价值的评估初看起来显得如何主观。用波根的话来说，社会"是理想最基本的创造者。"[2]"社会属性，那种人类聚合所产生的特别力量，通常被用来解释那些所谓价值的神奇东西的特性。"[3]"价值判断是为了阐述社会中人们的愿望，而非事物的自然属性。"[4] 其他一些学者尽管也关注外在力量的推动作用，却更强调单独个体的力量。[5] 另一方面，当人们客观地审视被评估的价值时，尤其是，当问题涉及到在出现分歧和冲突的价值之间应优先选择何者时，社会因

---

① Perry, *op. cit.*, sec. 12.

② Bougle's *Evolution of Values*, Sellars' translation, p. 16.

③ Bougle, *op. cit.*, p. 16.

④ Bougle, *op. cit.*, p. 147.

⑤ Urban, *op. cit.*; Perry, *op. cit.*

素无论出现于何处，都得到了更为广泛的重视。“一个主观的价值，”Urban说道，[①]“在某种程度上与社会价值相连，甚或转变为社会价值时，就是现实的，就具有了客观的基础。”他论证道，这的确不是一种最终的检验，可是，他承认，一般而言，那些真正有能力替代社会价值的主观价值，都可被转化为社会客观现实的条件。[②]对波根来说，社会因素甚至显得更加重要。他接受了杜克海姆的思想：“由于价值是集体性的，故是强制性的，由于是强制性的，故是客观的。”[③]

在我看来，这些对司法过程的研究者非常重要。法官通过阅读社会观念发现自己的道德价值，追寻着一般性价值产生的同一渊源，参考了向我们所有人展开的同一本书。但还应该观察到第二点：他还应当考虑，正义或道德的价值仅仅是必须通过同一方法评估的诸多价值中的一种。其他不涉及道德的价值：便利的价值或权宜的价值、经济的价值或促进文化的价值，都是非终极性的、仅是达成其他价值的手段，它们必须接受调查、评估和平衡，重要性小的服从重要性大的，所有的价值必须经受类似的检
284 验，法官通过洞察和解释社会的思想、意志和愿望来提供标准和尺度。庞德告诉我们，“在任何时候，在所有涉及法律秩序的妥协、调整与和解中，”法学家的目标应当是“尽可能多地实现社会整体的利益……通过一个反复试错的过程来达致妥协与调整，

① *Op. cit.*, p. 388.
② P. 408.
③ Bougle, *op. cit.*, p. 16.

以最少的牺牲换取最大程度的社会利益保障。"① 在此过程中，他必须谨防纯粹个体的或主观的价值论。通常而言，一个法官适用的不是自己的价值标准，而是在阅读社会观念时所揭示的价值标准。他尤其不能用自己的理解取代立法机关在宪法允许的范围内用成文法确立的价值标准。② 我们推测，这样的时刻可能会出现：在不具有上述客观性的价值论的影响下，成文法被宣判无效。但更多时候是缺乏立法性的宣告来指引法官理解生活与风俗之书。此时，他必须尽其所能地深入他人的心灵和精神，根据由此揭示的真理形成自己的价值评估。客观性的测试可能令他失望，或者混乱得使他迷惑不解。在这种情况下，他必须参照自己的价值了。③

我曾经谈到司法过程就是稳定和运动之间的妥协。妥协之路，如亚里士多德学派的中庸之道一样，不可能像算术运算那样按比例地计算出来。④ 如果两个极端都代表了某个争论的可能性结果，我们理所当然地不接受它们、否定它们，却去寻求一条中间道路，这不能真正解决问题。在很多情况下，一个极端就代表了一条可被选择的道路。将所谓的妥协描述为一种协调，可能更确切些。通过利益平衡，根据法律目的对价值进行评估，法官作

---

① Pound, article "Jurisprudence," in the *History and Prospects of the Social Sciences*, by Harry Elmer Barnes and others, p. 472.

② *Cf*. Cardozo, *The Growth of the Law*, p. 94.

③ Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, p. 110; Brutt, *Die Kunst Der Rechtsanwendund*, pp. 101, 139.

④ *Cf*. Givler, "Ethics," in the *History and Prospects of the Social Sciences*, by Harry Elmer Barnes and others, p. 487; Aristotle, *Nicomachean Ethics*, Book vi, Everyman's ed., p. 130.

出了选择。即便如此，这也不是在静止与无限运动之间作出的选择，而是根据无法追忆的职业技术传统，在静止与缓和而适度的运动之间作出的选择。这是侵蚀，而非骤然地撕裂。[①]

285 思想家抱怨正义缺乏特定的程式，以便在不同价值发生冲突时藉以作出选择。也不存在共同的标准，可以换算它们。冲突产生时，我们通常会说，道德价值优于经济价值，经济价值又优于美学价值。然而，决疑法（casuistry）也会碰上重合与例外。我们建造摩天大厦，尽管矮小的房屋对建设者来说更安全。我们铺设铁路，尽管缓慢的旅行使生命更安全。我们试验飞机，尽管飞行员会面临死亡的危险。即便如此，上述例子对道德价值的漠视并不像表面上体现得那样直白。道德或文化的收益（这里的文化是广义的）是间接获得的，或者需要长年累月才能达成。摩天大厦向许多人提供了经济机会，否则，他们将感到匮乏。铁路带来了食品、医药、知识和其他许多有价值的东西，迟之，则良机错失。飞机也提供了人们想象力无法企及的许多可能性。无论如何，在探索价值的客观评价时，法官只要想到文明是特定地域或

① “在说明法官立法以及法官必须立法时，我当然不主张，他们毋需任何合理的约束，只要乐意，就可以制定任何法律。从事制造或创造活动的每个人都必须受到程序规则和材料性质的限制”——M. R. Cohen, “Legal Theories and Social Science,” *The International Journal of Ethics*, July, 1915, pp. 476, 477.

我们可以用罗伊斯形容哲学的话来形容法律：“对整个思想事业而言，思想史是我们共同的基础，这是毫无疑问的。最佳的创造性——如果我们曾经拥有一些创造性的话，必须渊源于这个真正的基点。真正具有革命意义的学说就存在于思索的历史之中，事实正应如此。奇迹、惊人之举以及美好新奇的见解充斥了所有伟大的思索之路；然而，绝大多数奇迹都不过尔尔，它们被一个宏大背景——历史上类似的思索消解了。只有在非常罕见的情况下，思想史演化的连续性被断然打破。通常情况下的创新仅仅是相对的，不过它们真正的价值也源于这一事实。”——Royce, *The Spirit of Modern philosophy*, Preface, p. vii.

特定时代的，就会明白：他无力去确立阻碍文明运动进程的规则。个人的偏好必须屈从于不可抗拒的社会大趋势。波根甚至强调，在其所谓的“多重主义”(polytelism)[①] 中，可以从表面上相互冲突的价值中发现两者的妥协。同一方法可以服务于多重目标。[②] 在现在的价值论图景上，色彩似乎过于绚烂。法官即使无法阻止文明的进程，有时却可以减缓一下前进的速度，减少其中的残酷性。法律不会禁止建造摩天大厦，却可以要求增添安全设施，以减少重大人员伤亡。法律不会禁止铁路运行，却可以要求设置信号和巡逻人员，在铁路与公路的交叉路口增高或降低路基。法律甚至可以有效地协调经济价值与美学价值。它不会强制土地所有人放弃有效使用土地的任何一种方式，但是在某些地方，是否应当限制不雅观的建筑，至少是一个公开讨论的问题。[③] 协调通常是一个程度问题。“在武力面前，法律是沉默 286
的。”法院签发的令状无法平息武装冲突，却可以制止骚乱、纷争、野蛮行径以及有损人格的职业拳击赛。[④] 我们法官的功能不在于改变文明的进程，而在于规范它，使之有序化。生活之书在变化发展，明天展示在我们面前的价值可能与今天的价值截然不同。

我刚刚说道，选择不应在静止与无限运动之间作出，而应根

---

① *Op. cit.*, p. 84.

② Pp. 84, 257.

③ See, howerver, Peo. *ex rel*. Wineburgh Adv. Co. v. Murphy, 1909, 195 N. Y. 126; and *cf*. Matter of Wulfsohn v. Burden, 1925, 241 N. Y. 288, 300, and Welch v. Swasey, 1909, 214 U. S. 91, 108; Baker, “Municipal Aesthetics in the law,” *Ill. Law Rev.*, February, 1926.

④ In *re Deb.*, 1895, 158 U. S. 564.

据职业技术的古老传统在静止与缓和而适度的运动之间作出。在遵循这些限制时，法律工作者们会经常惊奇地发现：法律武器库中十八般兵器，样样俱全。即使他身入困境，只要慧眼独具，就可运用诸多原则、判例和类推来达到正义的目的。这与科学家的预言活动有异曲同工之处。睿智假说闪耀的灵光，对他的试验意义重大。法律的创造过程，当然还有一般科学的创造过程，与艺术的创造过程都是类似的。想象，无论被称为科学的抑或是艺术的，对每个人而言都是一种创造的能力。格雷厄姆·华莱斯在分析思想的技巧时，真知灼见地描述了准备、酝酿和阐述等一系列步骤。[①] 学识的确必要，但是用济慈的话来说，学识只是想象飞向真理的跳板。[②] 法律自有一针见血的直觉，紧张、灵光闪现的一刻。我们将原则、先例、类推、有时甚至是想象都收罗起来，适时地运用它们，以产生圆满达致法律目标的活力。我们的权杖一旦触及神通，决不会一无所获。因而，无论经过多少深思熟虑、如何费尽心思，从某方面来说，最后的结果总是属于幸运的发现。[③] “我曾经问一位我所知的最出色的行政官员，”华莱斯写道，[④] “他如何作出决定，他笑了，第一次泄漏了令其愧疚的秘密，说：‘喔，我总是凭感觉行事。一个总是精打细算来行事的人，结果并不好。’我还问过一个能力与公正都获得广泛尊敬的
287 美国法官，他和他的同事如何获得判决时，他也笑了，说，他会全力以赴地听取所有证据，尽可能审慎地理解所有论据，但只有

① Wallas, *The Art of Thought*, pp. 80, 82, 94, 96.

② Lowell's *Life of Keats*, vol. 1, p. 477; cf. Wallas, *op. cit.*, p. 124.

③ *Cf.* Cardozo, *The growth of the law*, pp. 92, 93.

④ *Op. cit.*, p. 119.

一直等到多少有些'感觉'时才作出结论，如果人们知道了这些，很可能会当街向他掷石泄愤。"他省略了准备和酝酿过程，或者至少认为这两个步骤与其后的思想状况没有什么关系。"结论一经作出，"威廉姆·詹姆斯说，[①] "我们总是忘了达成结论的大多数步骤。"

人们可能会奇怪，法律大厦中的材料具有如此多种的能力，可以根据正义的不同形式进行组合与重组。理由不难发现。很多不公都源自概念上的专制。[②] 当人们将概念视为真实的存在，鲁莽地运用它们而无视逻辑对结果的限制时，它们与其说是人们的工具，毋宁说是专横的主人。[③] 当它们可能产生压制与不公时，我们最好将其视为一种临时性的假设，应当受到限制与重构。概念王国即便发展到了极致也永远不可能无所限制。专制孕育反抗，乱世出英雄，这是一条放之四海皆准的道理。一个概念发展、膨胀过了头，最终会有其他概念站出来挑战，约束它的自命不凡。普林斯顿大学的迪克逊（Dickinson）教授在新著《美国的行政正义与法律至上》中清晰有力地阐述了概念之间的这种相互作用。他写道，[④] "可以发现，每一个法律概念或原则几乎都处于某个范围的终端，该范围从一个极端逐渐过渡到完全相反的另一极端，这两个极端之间的分界线，将根据具体情况，在特定案

① *Principles of Psychology*, vol. 1, p. 269, quoted by Wallas, *op. cit.*, p. 96.

② Dickinson, *Administrative Justice and the Supremacy of Law in the United States*, p. 128; Cardozo, *Growth of the Law*, p. 100; Pound, *Interpretations of Legal History*, p. 119, *cf*. Hynes v. N. Y. Central R. R. Co., 1921, 231 N. Y. 229.

③ *Cf*. Taine 在 *L'Ancien Regime* 中对传统精神的定义（页 262），转引自 Wallas, p. 175.

④ P. 135.

例中摇摆不定。因而，防止危害（公共利益）法（law of nuisance）摇摆在两个原则之间：每个人有权为了其认为合适的任何目的使用自己的财产，以及与此完全相反的另一个原则：每个人必须以不侵犯其邻人财产的方式使用自己的财产。”再一次，法官的工作就是在两个完全相反的极端之间作出选择。我们似乎看到一种黑格尔式的历史哲学在起作用，据此，每个原则都存在
288 着走向其反面或竞争方的趋势。[①] 概念只要适得其所，就是有用的，实际也是必需的。我们试着将它们发展得更远一些。若非我们坚持它们的反面，就必定会破坏法律体系的匀称性、其各部分的相互关系以及逻辑上的协调性，否则，许多时候都可能从它们中推导出完全相反的规则来。[②] 法律体系的匀称性、其各部分的相互关系以及逻辑上的协调性，这些都是深深蕴含在我们法律及法哲学之中的价值。“即便我们的工作不是基于这些价值，至少也是类似之物，只有在它们的基础上，才能建构这样一个法律体系：尽管无法达成永恒、绝对的稳定——我们一度认为这是可能的，却可为世界引入一个多少有所助益的秩序，缺乏这一秩序，世界将变得非常糟糕。”[③] 然而，当某个概念将我们带得太远，或者超出了我们的接受能力，看哪，能为我们所用的其他概念正在门口守候呢。“在规则的发展中，经常使用的吸收－排除过程，不可能止于对规则的第一次阐述，后来判决中的表述将服从于那

① Royce, *The Spirit of Modern philosophy*, Hegel, pp. 212, 213.

② Dickinson, *op. cit.*, pp. 113, 119, 131, 141.

③ Dickinson, *op. cit.*, p. 131.

些无法预见的事实，这是我们法律体系的一个特殊优点。”[1]

影响可能来自新的事实，也可能因为对政策或正义的评价发生了变化，即同一件事情有了另一种说法，因为对该事的现行看法至多只是一个事实，与其他任何事实都没什么两样。哪些东西受了规范或者规范以后该如何，通常由当时的智慧来决定才好。用新时代的光芒来表现它们是荒唐的。让我再次引用迪克逊教授的话[2]：“困难在于，有关公共政策的当代观念将因后来人而改变，政策曾经拥有的目标也会就此终止。”[3] 必需寻找某些解决途径。“我们需要的不是专断的自由裁量权，而是制造例外的规则——打破规则的规则，这样的规则在法律中当然比比皆是。”[4] 有时候，遵循一个过时政策的信念过于顽固，无法通过司法过程来打破，至少，在法官必须遵守的遵循先例原则没有得到更大的放宽之前不行。[5] 这就是为什么我呼吁且一直要呼吁：在法院与立法机关之间应架设更密切的联系渠道，现在它们正越来越各自分离。[6] 即使缺乏这种帮助，在传统技术范围内，还是有许多方 289
法可以利用的，只要人们认为起源从属于目标，规则的和谐从属于生活的和谐。

法律概念应从属于正义与便利，在此这一观点中，并无新奇之处，尽管像许多古老的道理一样，它时时需要重申。它的新奇

---

① Brandeis, J. 在 Jaybird Mining Co., v. Weir 中所提的异议，1926，271 U. S. 609.

② *Op. cit.*, p. 131.

③ *Cf.* Brutt, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, p. 183.

④ Dickinson, *op. cit.*, p. 139.

⑤ *Cf.* Wigmore, *Problems of Law*, pp. 79, 80.

⑥ "A Ministry of Justice," 35 *Harv. L. R.* 113.

之处在于：人们愿意公开承认那些一直在实践（尽管多少有些断断续续）的东西，与此同时，却往往对那些推动力量的性质一无所知。[①] 遮遮掩掩的承认招徕的是忽冷忽热、变化无常的行为：人们存在着一种感觉，尽管没怎么明说，这样的行为应当受到抨击，需要获得谅解。具有启发意义的是，在面临这一阻力时，人们发现，习惯取得了胜利。以公司人格的概念为例。豪德沃斯对英国法律史中这一概念的发展作了精妙论述。他指出，[②] 最初，当公司是一个全新概念的时候，"法律工作者倾向于更强调对法人概念作广泛地一般推理。""于是他们说，法人不可能享有用益权（use），不仅由于法人没有意识，而且由于王室法院的司法程序无法传讯它，或者由于它没有能力运用他人的用益权；布莱克斯通宣称，它不可能是一个受托人。由于它只能在公司目的范围内拥有行为能力，因而，将某一礼物同时赠与一个法人和一个自然人，或者同时赠与两个法人，产生的不是按份所有的财产（joint tenancy），而是共有财产（tenancy in common）；因为在上述两种情况下，共有人拥有的行为能力不同。""毫无疑问，"豪德沃斯继续说道，"这些结论是从模糊而宽泛的前提中合法地推理出来的。但是人们发现它们在实践中适用起来十分麻烦。因而，为了操作上的便利，人们开始回避甚或推翻它们。衡平法轻而易举地确立起与布莱克斯通法官相反的规则：公司可以是受托人，最近立法机关也赋予公司可以同一个自然人或另一个公司一起按份共有财产。实际上，尽管这些从公司人格的性质出发的广泛推

① Holmes, *The Common Law*, p. 1.

② Holdsworth, *History of English Law*, vol. 9, pp. 51, 52.

理，使人们注意公司明显有别于自然人的无行为能力，然而它们 290
却从未起到任何苛严的约束作用。自从英国的法庭录事年报（Year Books）以来，实践的便利比理论上的周密思虑更有力地决定公司的什么行为是可能的，什么是不可能的。”这一真理的最新例证是，人们发现关于公司人格的形而上学理论与战争需要存在冲突。一个根据英国法在英国成立、股权却受德国人控制的公司，法院在决定其贸易能力的问题时，将其认定为一个外来的敌人，尽管从其形而上学的本质来说，它和其他公司一样是英国公司。[①]“在我们法律体系之中，”海尔斯伯里（Halsbury）爵士说，[②]“引入有限责任非常有用，当外国人诚实地与我们进行交易，没有理由阻止他们使用该制度；但是，想一想，为了一种非法的目的（因宣战而产生了敌意）适用该制度，在实际交战的状态下，仍然允许国家的敌人继续与我们进行交易，甚至允许它们为了商业利益向任何一个英国法院提起诉讼，这简直太荒谬了。”

---

① Daimler Co. v. Continental Tyre Co., 1916, 2 A. C. 307.

② P. 316.

294

三、利益平衡·原因与结果 个体与社会·自由与政府

无论在实际上，还是在想象中，我都不想夸大变动的限度。基于法律储藏室里的材料，展开想象的翅膀并不总能唤起变革的勇气。某些时候，静止比变动更获钟爱。在法律的某些领域，基本概念已被逻辑推理法发展到了极至。你可以在票据法的大部分内容中发现这种判决方法。也可以在不动产法中找到它，尽管某些概念的先决条件与逻辑涵义，除非通过追溯历史来解释，否则难以理解。你还可以在法学最令人头痛的那部分，即所谓的冲突法（conflict of law）中，找到它。在那儿，我们要处理法律的空间应用问题。格断的墙壁必须稳固牢靠，分界必须清楚明了，否则就会出现重叠、侵占，伴随着不和谐与冲撞。在那样的情况下，规则的确定本身就是司法的目的。我承认，在此领域，寻求概念精髓及其深层涵义的法官，在成功获取概念的核心后，仍然可能会发现该概念涉及政策与正义。事实可能确是如此，但当我将这一主题作为整体来考虑，我发现与其他领域相比，逻辑在此显得更加严酷无情，更加漠视最终的目标。它很可能过于严酷了。如果确是如此，（对此的评论）就偏离了我的主题：我现在的目的是描述，而非批评。我审视着法律的风景线，将发现公之于众。

规则、原则遵循道德标准的这一趋势确为法律成长的正道，但这并不意味着暂停所有的规则和原则，替之以感情用事或是漫无节制的乐善好施，这些走到另一个极端，完全变成了对所有法律的否定。在法律的每一种制度内，都存在一些人为的机制，通 295
常而言，主要是为了促进便利、安全或其他形式的公共利益。这些机制以规范或准则的形式出现，即便是疏忽大意或愚昧无知的社会个体也必须遵从它们，否则就要自担风险。一旦利害关系人

开始漠视它们的存在，法律也会废弃它们，它们失去了任何意义。被继承人必须在遗嘱上签字，当着证人的面同意执行遗嘱。生前的赠与必须正式移交，仅有履行的意愿是无效的。[1]未成年人购买非必需品的行为是可撤销的，尽管其已近成年。诉讼只有在法律规定期限内提出，哪怕超过期限仅一天，也不行。这并不意味着，在上述案件里，完全不存在改变顽固守制、守残抱缺的压力。有时候，压力如此之强，法院简直无力招架。我们看到，衡平法院有时会用一些多少有点虚假的托辞，以避免适用建立在部分履行理论或违背推定信托理论之上的欺诈法。这个例子最值得注目之处在于法院对抗的是成文法的强制力。但事实可鉴，正如一般的社会制度一样，法律作为促进社会有序、减少浪费的机制，在指令被忽视或被遗忘的情况下，为了达到目的，必须以偶然的困境为代价。[2] 这种为数不多的情况不会减损它的约束力。即便如此，也仍有一些余地，可以修修剪剪，而不至伤筋动骨。但当困境加剧、牵涉过广，机制的益处为罪恶吞没，被人遗忘或遭人漠视、伤筋动骨之时就要来了。此时，该规则即使存在，也无异于一具行尸走肉。[3] 至此地步，其在世之日屈指可数矣。

可以用我所在的法院最近判决的两个案子来说明这一思想。普通法中曾有一条规则：对一个盖印才能付诸执行（executed under seal）的合同，未公开的本人不承担责任。在如今这般有组

---

① F. L. & T. Co. v. Windthrop, 238 N. Y. 477.

② Stammler, "Fundamental Tendencies in Modern Jurisprudence," 21 *Mich. L. R.* 873; also Wu, appendix to Stammler's *Theory of Justice*, Modern Legal Phil. Series, p. 581; Cardozo, *Nature of the Judicial Process*, p. 138.

③ *Cf*. Salond, *Jurisprudence*, pp. 167, 168.

织的社会里，有关印章的许多法律与当前的现实甚为脱节。问题出现了，我们应当坚持上文提到的规则，还是认为它已随着印章 296
涵义的逐渐隐退而消失？判决坚守了这一古老的规则。[①] 一些最新的先例使得推翻该规则非常困难，除非彻底废弃遵循先例原则。不过，这儿还有其他更深层的政策原因。人们签订合同、完成交易，是基于对当时存在的法律的信任。人们通过“傀儡”(dummies) 获得所有权，并通过他们履行契约和按揭，同时，合同订约人之间达成了谅解：契约责任仅限于表面上的本人(apparent principal) 来承担。这种做法出自真诚，不存在隐瞒。用表面上的本人代替其背后那个人（虽然是他获得了交易的利益）承担责任，毋须经过复杂的形式，应当说，这一机制有利于社会的公共利益。在诸如合股组织、公司和有限责任合伙等其他情形下，法律也存在着限制责任的类似机制。溯及既往的变动在任何情况下都是不公的。即使这是一种祸害，也应当由成文法来根除。

在此后不久的另一次案件中，有关印章的古老法律又一次成为决定性因素。[②] 此次的问题涉及到我们是否要遵循另一条古老规则：口头合同更改一个盖印合同是无效的。当后来那个合同，尽管是口头的，却得到了当事人的遵守履行时，我们废弃了此规则。我们甚至暗示，即使后一合同尚未履行时也应当废弃该规则。[③] 在其他地区，这种意见也获得了权威支持。[④] 但当问题直

---

① Crowley v. Lewis, 1924, 239 N. Y. 264.

② Cammack v. Slattery & Bros., Inc., 1925, 241 N. Y. 39.

③ Harris v. Shorall, 230 N. Y. 343.

④ *Williston on Contracts*, vol. 3, sec. 1836.

接摆到我们面前时，我们却选择了另一条道路，虽然正反双方的票数非常接近。我并不想挑战多数意见的学识与权力。如果司法功能仅仅是静止的，我认为这一结论无可置疑。分歧看起来是法律上的，实质却是哲学上的。我认为司法功能是动态的，现在仍然相信当时是一个根除这一古老错误的合适机会。我们可以放心的说，当事人在订立后一合同时，并不认为缺乏印章将使该合同徒具形式。如果订约的某一方心存保留，却将后一合同视为真
297 实、有效的予以交付，那么对订约另一方就是不公正的。事实上，他当然没有这种保留。主张必需盖印显然是事后诸葛，一个为了逃避艰难的义务而寻找的托辞。取代这一古老规则没有侵犯任何值得保护的利益，却会使法律的发展跟上时代的发展。这种取代甚至不会引起惊奇，因为早先的判例显示了该规则的荒诞，并用谨慎的言辞预言，不久以后，它将作为值得尊敬却已成昨日黄花的教条被体面地埋葬。我斗胆认为，这是一个不明智地用牺牲进步换取稳定的例子。让我们期盼，成文法将有助于达致这更完善的正义。

显而易见，在诸如这些问题之中，社会利益之间需要达成平衡，选择应与价值保持和谐。人们往往惊讶地发现，即便其他程序或方法在表面上似乎占据了主导甚或独占地位，但这一需要仍然存在，尽管潜伏于表面之下。以众所周知的法律术语“过失”（negligence）为例，它经常涉及到社会利益、道德和经济之间的平衡。严格地说，作为法律技术的术语之一，过失是一个使用不当的名词，对一般人而言，过失的言外之意是缺乏注意（care），然而，一个自认为具备了特别注意的人，从法律的角度看可能仍

被视为过失，而一个完全心不在焉的人却被视为无过失。[①]因而，一个人可能故意选择对最严重的危险袖手旁观，尽管会被耻笑为谨小慎微，却可免遭过失行为的指控。[②]

有两个社会因素促成了这一尴尬局面。其一是“理性人”的概念，即一个在行为中遵循了社会共同标准的人。当某个人未达到群体的标准时，就处境堪忧了。尽管他的注意力从未松懈，也必须承担过失责任。一个理性人能察觉的危险，行为人却因愚蠢或无知而忽略了，这足以构成过失。对未成年人，这一标准可能有所不同。对因无知或愚蠢而被归入反常一类——精神病患者或 298
者智商欠缺的人，这一标准或许也会有所不同，尽管这在法律上仍是悬而未决的问题。[③] 另一方面，当某人在一般标准之内，即便其冒险行事，所受到的保护也将走向另一极端；他可以坐享其成。有些时候，一个被指控为过失的人，尽管完全缺乏注意或者近乎于没有注意，其公开表现出来的行为却正好符合行为标准所要求的谨慎。在这样的案件中，纯粹主观上的过错，纯粹思想中的疏忽，在追究其责任方面，一点用处也没有。[④] 很可能，法律在这个领域内和在其他领域内一样，一致性都不多。根据理性人的行为来确定一般注意标准，有时体现的是义务的最低限而非最高限。例如，即使某个人具有特殊的技能或获取知识的特殊机

---

① Edgerton, “Negligence, Inadvertence and Indifference,” 39 *Harv. L. R.*, 849.

② Wagner v. Int. Ry. Co., 232 N. Y. 176.

③ Bohlen, *Studies in the Law of Torts*, “Liability in Tort of Infants and Insane Persons,” p. 543; Seavey, “Negligence; Subjective or Objective,” 41 *Harvard L. R.* 1; see, however, Williams v. Hays, 143 N. Y. 442; 157 N. Y. 541; O' Connor v. Hickey, Mass., 156 N. E. Rep. 838.

④ Edgerton, *supra*; Seavey, *supra*.

会，在同等性质的情况下，我们也只要求他按照理性人的标准行动。[1] 然而，无论是否允许偏差和例外，责任的检验基本上都是客观的、不带个人偏好的。

我把促成这一尴尬局面的第二个社会因素称作利益的计算。那个标准化之人即理性人的注意标准的确定取决于相关利益的价值。对此，我从侵权法大师波伦（Bohlen）教授那儿获益匪浅。法律根据行为所促进利益的价值来确立行为人所冒风险的合法限度。为了完成非常有益于人类的某些建设性工作，囤积炸药是可以原宥的；为了感官享受或一时心血来潮而囤积，却是应受惩罚的鲁莽行径。为了拯救溺水之人，我可以不顾生命危险，纵身波涛汹涌的大海；为了运动甚或纯粹想逞匹夫之勇而跃入水中，却应自吞轻率的后果。乍看之下最简单、最单一的审查——此行为或彼行为是过失还是刚好相反——最终却可能变得复杂多样。答案的背后是一种利益的计算，一种价值的平衡，一种诉诸社团、群体与行业的经验、观点、道德和经济判断的吁求。当然，随着
299 岁月的流逝，某些价值评判逐渐标准化，成为或者应该成为瞬间的直觉。在一条有儿童嬉戏的拥挤道路上飞驰，纯粹为了享受速度带来的快感，毋须多想：这是一种过失。另一方面，即便这样显而易见的判断，也会很快屈从于具有全新社会含义的新事实的压力。对飞驰的救火车或救护车，我们赋予了一种全然不同的价值。行为的合法性与其对社会的价值之间存在着一种必然、恒定的关系，尽管有时是半隐秘的。我们作出判断的每一时刻，都在不停地权衡、折衷和调整。

---

① Seavey, *supra*.

这个无穷变化的过程确是奇迹产生的一个永无止境的源泉。人们或许以为，判决经过数世纪的积累，边疆已经消失，再也没有未开垦的土地，未发现的星云和星尘，整个世界都是法律的领地。事实却非如此。对于某些主题，法律仍然未臻成熟甚至丝毫派不上用场。某些演化成型的迹象和征兆，在潮起潮落中显露端倪，然而，它们是如此杂乱、如此模糊，它们所表述的与其说是陈述事实，毋宁说只是一种预期，一种对事实将是什么的预期。借用斯宾塞著名的有关进化过程的定义——但愿它尚未过时，事物“从一种模糊的、不明确的同质同种逐步过渡到一种清晰的、明确的异质异种。”法律的成长也是如此。每一合理的主题都会涉及某些曾经不协调的主题，每一不协调的主题也都会涉及某些曾经协调的主题。我在司法工作中，日复一日地受此问题困扰。我在关注美国法律协会法律重述工作时，也再次为此困惑。在该计划实施中占据一席之地的每个人，无论地位如何低微，都不能不怀着一种诚惶诚恐的心理：普通法经历了数世纪的发展，法院不计其数，判决更加难以计量，时至今日仍然存在那么多尚未解决的基本问题，那种具有根本和初级意义的基本问题。如果这些问题突然摆到你的面前，你一定会说，如此基础性的问题，必定存在大量的权威性解释。当你无法不假思索地说出正确答案时，还可能会为自己的无知感到一些刺痛。但当你搜寻整个领域，发 300
现即便存在答案，至多也是模糊而不稳定的，你也许会多少恢复一些自信。特别是在侵权法领域，我总是会发现这种情况。作为文明社会里生活基础的权利与特权似乎显得疑问重重。你可能会为此困惑不已：如果连从事最基本事务的权利都不能始终确定无疑时，如何长大成年，却并不麻烦缠身？比如下列最基本的权利

或权利要求：有效抵抗他人身体伤害危险的权利；有效实现从监护人那里取回财产的权利；有效实现进入土地的权利等。令人吃惊的是，这些基本权利要求的表述是多么模糊不清，晦涩不明。现在可以确定的是，通过对社会利益的衡量、社会价值的评判以及社会观念的理解，制度的罅隙将被填满，将在不断增长的、对这一过程涵义的自觉意识下被填满。

我不想低估这一过程面临的磨难。多少年来，它们早已为人所知。剑桥大学出版社最近翻译出版了名为 *Ecloga* 的罗马法汇编。[①] 公元 726 年，罗马皇帝列奥三世（*Leo III*）及康斯坦丁五世（Constantine V）在君士坦丁堡使其刊行于世。他们网罗了一大批学者，将“伟大的查士丁尼”的《法学阶梯》、《学说汇纂》、《法典》、《新律》译成希腊文，却要“在人性的指引下”，完善其法令。皇帝们对帝国的法官以及所有渴望从事司法工作的人，说了下列这番话：“让那些拥有理性与智慧、清楚地了解什么是真正公正的人，就让他们也只有他们用直觉来判决，不使他们的功过染上情感的色彩。”我说的关于极端之间寻求协调的所有话，并不比拜占庭皇帝们的这一格言高明多少，尽管他们与我之间相隔了 1200 年。

我怀疑皇帝们是否会发现，他们说时容易，法官们做时却难。无论如何，训诫与对训诫的遵从之间形成的强烈对比，多年
301 以来，从未冲淡。我想问一问，你们中的大多数人是否意识到：法官将竭尽全力完成的判决载入史册的那一刻，仍心怀疑虑。当然，也有些幸运的人精神较为坚强。在海尔斯伯里的伯爵传记

① Edwin Hanson Freshfield.

中，伯肯赫德（Birkenhead）勋爵谈到，“无论在法律领域还是政治领域，他对自己的观点都坚信不疑，甚至冥顽不灵。”这位传记作者说，“我想不起来，他什么时候承认自己在上述两个方面犯过错误。我也不相信他会有这样的念头。”[①] 以我对法官的了解来看，这种自负的情况可以说是凤毛麟角，尽管下这个结论多少有些匆忙：我想他们审视生活图景的焦距与我的一样。充满痛苦的艰辛并非独独降落在法官的身上。其他知识领域的工作者同样需要忍辱负重。我偶然看到一个哲学家或者说一个学者写的一本书。书中描述了作者在审视旧作时产生的心烦意乱。[②] 他想在再版时作一些修改，不过，他接着争辩道，如果真这么做了，他的一些读者也许喜欢第一版甚于第二版，甚至也许过了许多年以后，他也更喜欢最初的自己。这也是我的想法，我给自己的宽慰。我审视原来的判决意见，怀疑它们是否正确，接着又宽慰自己道，如果作出的是另外一种判决，我可能一样会疑虑重重。我想那败诉的一方可能和我一样耿耿于怀，希望我真的改变做法，但是，转念一想，其对手的想法可能刚刚相反，故维持了既决事项。我觉得这种痛苦无药可医，尽管人们寻寻觅觅了这么多年。贝特朗·罗素在《数学与哲学》[③] 一文中提醒我们：“两百年前，哲学家莱布尼茨构想了一个计划：他想设计一种形式推理技巧，用以解决所有问题，终结一切争论。到时候，产生的争议就不再像是两个哲学家之间的争议，而更像两个会计之争，因为只需要他们有笔在手，坐下来，互相说道，让我们开始计算吧，即足

① Birkenhead, *Fourteen English Judges*, p. 360.

② Santayana, Preface to the second edition of the *Life of Reason*.

③ *Mysticism and Logic*, p. 79.

302 矣。”若是莱布尼茨的梦想在法律中实现，那该多好啊！但现在我们只能满足于一路上的跌跌撞撞，只要未坠入深渊，就要感恩不尽了。

我曾谈起法官的忧心忡忡，却不想给你们留下这样一种印象：正式宣布的判决总是或者不可避免地存在着顾虑。奇怪的是，有时最为艰难的案件一开始常常为顾虑缠绕，最终它却消失了，而且消失得无影无踪。我曾经非常彷徨不安，一度对自己说，“在这个案件中，我无法投票表决，无法投这一边还是那一边。”然后，迷雾忽然在瞬间散尽。心灵一片宁静。我模模糊糊地知道，结论是否正确仍是一个未知数。但天降大任于斯人，必先苦其心智，我必须接受这一困惑。我不能说服任何一个与我意见相左的人；然而，无论别人怎么想，对我而言，历尽艰辛达成的那个判决是惟一可能的结果，这种确信带来的安宁包容并最终消灭了先前的疑虑。可以肯定，这一由激奋重归平静的轮回对其他知识领域的耕耘者而言，也是家常便饭。暴风雨之后的最终宁静尤为珍贵。而今，一架具有精密复杂的齿轮、砝码和天平的高级机器传到了我们手中，它是无数人智慧的结晶。我们不免会彻夜难眠，担心某个新来的学徒——尽管他曾被视为机器的润滑剂，最终却成了一个笨手笨脚的人，甚至一个敌人，使整架机器完全失灵。

当我们尽力总结法律中静止与运动的对立及其解决途径时，占上风的看法必定是寻求一种妥协，一种调适，强调法律原理的相对性，务实地不断变换方式以适应预期的目标。相对性原则也是解决法律中长久存在的另一组对立：因与果的基础。在法律中，因果关系一直是个非常棘手的问题。法律必须对事件追根溯

源，然而，用休谟（Hume）的话来讲，原因根本不存在，只存在并列的或连续的事件。如果法律承认因果关系，就像它现在做的这样，它就必须判定先前的哪一个事件可作为法律上的原因，必须从无限多的、与整个事件本身一样庞大的事项中挑选出这一 303
前因。人们常常说，法律关心的仅仅是近因（proximate cause）而非其他。这种话说了也白说，确切点，尽管此话表面上看起来有些道理，实际上，离真理尚有十万八千里呢。在寻求法律上的原因时，法律有时停在离事件相当近的地方，但有时甚至经常，它也会回溯到事件的许多阶段以前。因果关系的相对性原则指出，它适用的方法不大可能相差迥异。霍尔丹（Haldane）爵士在《相对性的统治》① 一书中说道：“原因是一种非常不确切的表达。结果的外在形式非常重要，然而，在任何情况下，结果的意义都是相对于主题而言的。对女佣而言，火灾的原因是其点燃的火柴。对物理学家而言，火灾的原因是潜能向动能的转换：氧原子与碳原子结合到一起，不断释放氧化气体，由此产生了氧化物。而对一个审理纵火案的法官而言，火灾的原因是被告席上罪犯的恶行。在每一种情况下，调查的领域不同，判断所持的立场也不同。但是任何一个领域的调查，连近乎完整也算不上。完整的原因，即使人们能够发现的话，也会扩展到所涉现象的整个基础，而此基础所涉的不仅仅是整个世界，而是整个宇宙。更重要的是，即使人们可以彻底地解释完整的基础，也无法将它同结果本身区分开来，甚至无法将它与存在的整个条件区分开来。因而，当谈及一个事件的原因时，我们只能选出与特定调查的立场

① Pp. 125, 126.

相关的事项，并在此范围内，根据特定的观点——这取决于我们的意图，作出判断。"[1]

这是法院处理因果关系问题的要诀。我们挑选的原因，是判决最看重的原因，其根据的不仅是事件本身，而且还有事件应当引起的法律后果。英国上议院的肖（Shaw）爵士有这样一种观点：他提到在一般观念中原因的序列被比喻为一个链条。他提醒我们，这种比喻尽管便利，却不恰当。“因果关系，”他说，“不
304 是一根链条，而是一张网。影响力、强制力和事件先后或同时相遇于每一点，又从这一点向无限辐射。"[2] 在这张错综复杂的网上，法律有时选中此原因，有时又选中彼原因。因而，就同一事件，若提起了合同之诉，其法律上的原因可能是此事项，若提起了侵权之诉，其法律上的原因则可能是彼事项。法律对此原因或彼原因的接受或拒绝，取决于法律自身的目的以及接受或拒绝行为对社会的利弊。

举一个例子。新泽西的大汤姆（Big Tom）发生了一场火灾。火灾引发了爆炸。爆炸的震动毁坏了半里之外停泊在河边的一条船。船主的保单涵盖由火灾直接（proximately）造成的损失。法院认为，根据绝大多数地区的法律，如果这是针对那个错误行为人（即那个因疏忽大意使火势扩散的人）提出的侵权诉讼，火灾构成了法律上的原因。如果该行为人故意致使上述损害发生，则更无可置疑。但是，法院拒绝将火灾定为保单契约意涵上的法律原因。[3]

得出这一结论的推理与霍德尔爵士的非常接近，尽管该判决

---

① *Cf*. Kohler, *Phil. Of Law*, 12 Modern Legal Phil. Series, p. 35.

② Leland Shipping Co. v. Norwich Fire Ins. Society, *L. R*. 1918 A. C. 350, 369.

③ Bird v. Ins. Co., 1918, 224 N. Y. 47.

比他出书的时间还早几年。我们说道，“至少在法学家看来，人们的观念以及缔约当事人的意志，而非事件之间纯粹的自然联系，在最终的分析中解释了因果关系问题。这儿不存在任何异乎寻常的东西。实际上，任何事都可交替为因与果。对物理学家，此是因；对法学家，则彼是因。对法学家来说，当事人选择的视角不同，同一原因甚至可以交替为近因与远因。某份保单规定，对锅炉爆炸引发的损失，保险公司不承担赔偿责任。爆炸引发了火灾。如果不是因为保单中的免责条款，火灾将是损失的近因，爆炸则是远因。但由于合同的存在，爆炸成了近因。[1] 船舶在海上发生碰撞，接着引发了一场火灾。就保单提起的诉讼而言，火灾可能是近因，碰撞可能是远因。就相撞的船舶提起的诉讼，碰撞就是近因了。[2] 从法律角度判断因果关系，没有什么是绝对的。近因和远因的观念都是相对的，不断变化的。”[3] 305

让我们接下来看看，为什么在判例及评论中那么多有关近因的讨论都是令人迷惑不解和一无所获的。人们总是力图使某些本来应当以相对的观点来构想和阐释的学说，具有绝对有效性。毫无疑问，人们提出的这些标准不无助益。然而，它们应用起来却困难，其原因在于人们往往忘记，它们并非真正意义上的标准，却只是线索而已。它们引导判决从混乱的因果之网隐藏的诸多原

① St. John v. Am. Mut. F. & M. Ins. Co., 1854, 11 N. Y. 516; Ins. Co. v. Tweed, 1868, 7 Wall. 44.

② N. Y. & B. D. Ex. Co. v. Traders' & M. Ins. Co., 132 Mass. 377, 382.

③ Bird v. Ins. Co., *supra*, at pp. 54, 55; Kerr S. S. Co. v. Radio Corp., 1927, 245 N. Y. 284, 290.

因中，重视这一原因或那一原因。[①] 在艾格顿（Edgerton）教授对法律原因的内涵展开的有益讨论中，我也发现了同样的思想。我并不赞同其有关法官和陪审团之相对功能的所有结论。就当前的目的来说，我们只需要显示他对本问题的洞察和理解就足够了，它们触及了问题的核心与实质。“法律上的原因，”他说道，[②]“是一个可合理联系（justly-attachable）的原因；（或）法律上的结果是一个合理联系的结果；（或）法律上的原因是这样一种原因：在此因与此果的关系条件下，赋予该因果关系法定效力是公正的；这里的‘公正’，不仅指当事人之间的公平，而且是有益于社会的，对解决个人与社会之间的利益冲突至关重要。”[③] 法律在追溯事件的原因时，探寻的是根据实际需要而构想的事实，是与法律目的有关的事实。

除了静止与运动、原因与结果，我还想讨论另外一些相互对立的事物：一个与多个，个体与群体，群体与社会，自由与政府。

个体的人是社会结构中的原子。原子不可能独立存在。在生存本能的召唤下，它与其他原子结合到一起。个人试图与他人相联合的力量或趋势即所谓的合群（syngenism）。[④] 为了合群，我们依附于各种各样的群体，在最低层次有家庭，在最高层次有国家。群体的规模不是恒定的，而是千变万化。我们与他人一起组

---

① *Cf*. James Angell Mclaughlin, “Proximate Cause,” 39 *Harvard L. R*. 149; Henry W. Edgerton, “Legal Cause,” 72 *Univ. of Penn. L. R*. 211, 343; Joseph H. Beale, “the Proximate Consequences of an Act,” 83 *H. L. R*. 633.

② 72 *Univ. of Penn. L. R*. 348.

③ *Cf*. Bohlen, “Mixed Questions of Law and Facts,” 72 *Univ. of Penn. L. R*. 120; Studies in the Law of Torts, p. 53.

④ Barnes, *Sociology and Political Theory*, p. 53.

成家族、教派、俱乐部和行业协会，每一群体都唤起人们的忠诚感，只是忠诚感的强烈程度将因时间、地点的不同而不同。个体 306
之间、个体与群体之间以及群体之间，都存在着相互吸引和相互排斥。能量必须得到释放，能量也必须得到约束。协调这些对立面是法律的重大问题之一；这是一个有关自由与政府的问题。

国家的存在，使作为其成员的群体和个体之间的对抗与斗争，服从于法律，因此也服从于秩序与协调。用 Small[①] 的话来讲，这就是“分裂的一致，冲突的调停，纷争的妥协。这儿既有联合也有断裂；既有约束的建立也有约束的放松；既有守旧也有变迁；既有‘一成不变的原则’也有‘改革创新的原则’。”[②] 每一乐节都有对照的乐节。法律的节拍器界定了它们之间的间隔。

奇怪的是，合群在创造群体的同时，也再造或重塑了个人。属于群体的个体，无论属于行业协会、政党，还是国家，都与离群索居的个体不同。他的观念会被与他人观念的联合体而改变。这并不意味着有一个神秘的、独属于群体的共同意志存在，如个体独立于群体成员一样。它所意味的是，个体的意志，如同个体的习惯和愿望一样，因观念的相互影响而改变。实际上，社会观念是个体观念的总和，然而，这是联合后个体观念的总和，而非各独立的个体观念的总和。这样解释卢梭的公意也许更符合真理。把它推得再远一些，就使它变成了一个令人迷惑不已的神话。我想，至少在当今英美国家的社会科学学者中，这种有关群体精神活动的观念占据了主流。因而，拉斯基在《政治学原

① *General Sociology*, p. 252; *cf*. Barnes, *op. cit*., p. 33.

② Small, *op. Cit*., p. 257.

理》[1] 一书中说道："社团的人格及其体现的意志只有在下述意义上才是真实的：因为它的存在，它活动所依赖的那些人，有别于从前。但是，它也不同于我藉以与他人相区别的个性。英格兰的一致性体现为一种历史传统，它引导大多数意志都趋向于相似的方向；它并非融合所有这些个人意志、而建立的一个有些神秘的
307 超意志。"因而，霍布豪斯在《社会进化与政治理论》[2] 一书中说道："上文所述足以说明，当我们谈及社会思想，社会意志，或更普通的说法，社会观念时，我们既不是指一种神秘的精神共同体，也不是指社会某些成员对社会生活具有的完全成熟的意识。实际上，这种意识是社会观念发展的结果，但它的存在并不意味着'社会观念'这个词儿到哪儿都管用。这个词仅仅表达了一个社会中通行的某类想法，其在人们之间交流，指导个人的思想和行为。"他又说道，[3]"因而，我们所说的社会观念，并不一定是某个社会整体的一致性，它毋宁是一系列有效的精神影响力，当这些影响力发展壮大到更高阶段时，促进共同体内部的一致性，或者引导组织更加组织化。我们指的是一种本质上具有精神性特质的东西，它产生于群体活动，塑造着群体活动，也为群体活动所重塑；它仅存在于人们的头脑之中，然而，任何一个人都从未完全认识它；它依赖于人与人之间的社会关系，然而只有发展到较高阶段时，它才可能充分认识这一社会关系。"瑟林格曼（Seligman）博士恰如其分地阐释了同样的思想[4]："因此，群

---

① P. 32.
② P. 96.
③ P. 97.
④ "The Social Theory of Fiscal Science," 41 *Pol. Sci. Q.* 210.

体既非有机体，亦非幻影。它是一个实体，尽管由个体组成，却不仅在抽象意义上，而且也在具体意义上区别于非群体成员的个体。简而言之，尽管群体由个体产生，却重塑或者至少部分重塑了个体。它表达了这样一种方式：个体需要如何转变成共同需要；它运用了这样一种方法：个人愿望只有与他人愿望相协调、并在满足他人愿望的基础上才有可能得到满足；它体现了这样一个过程：人类经常存在的、根深蒂固的自私个性，逐渐被一种更广阔的感情所渗透，在最优秀的个体身上，这种感情将发展成为忠诚与无私。"①

如果更详细地探讨群体作为法人时的特性，可能有些离题，然而，这一问题与法律中的对立不无关系，因为它是唯名论与唯 308
实论、现象与本体、表象与实在之间永恒之谜的一部分。在英美法系中，所谓的特许理论（concession theory）早已成为一个公认的学说。根据这一理论，作为法人的群体直到国家通过指定机关宣布其存在，才算真正成立。"公司的生命与形式，"豪德沃斯②说道，"未经国家许可不得存在，无论这种许可是明示的、推定的或暗示的。"③ 实际上，也有一些著名的法学家倡导一种相反

① Cf. Ernest Barker, *Political Thought From Herbert Spencer to the Present Day*, Home University Library, p. 175; MacIver, *Community*, pp. 78, 79; Small, *General Sociology*, p. 142; Young, *Social Psychology in History and Prospects of the Social Sciences*, by H. E. Barnes and others, p. 156.

② *History of English Law*, vol. 9, p. 48.

③ *Cf*. Henderson, *Foreign Corporations in American Constitutional Law*. Pp. 165, 167; Kohler, *Phil*. *of Law*, 12 Modern Legal Phil. Series, p. 68.

的理论。[①] 在他们的观念中，群体是一个“真实存在的东西”，完全独立于任何许可，作为一个经国家批准的法人存在。[②] 我再说一些题外话，这一真实存在的东西在最近对正统学说信奉的原则作出了某些令人惊奇的突破。近来，它成功地使人们承认其在官方宣告之前就存在，尽管采取了一种多少有些拿不上台面的方式，才登上了法律舞台，甚至可以说，是从后门进去的。法人人格是法律提供的礼物而非群体本身固有的属性，这仍是个一般性原则。但在我们的法律中，群体的一致性有时显得如此明显，促使司法承认其作为法人或准法人存在，尽管没有特许状授予或准备授予其作为法人行事的资格。[③] 美国最高法院在 United Workers of America *v*. Coronado Coal Co., 259 U. S. 344, 385, 387, 388 一案的判决中，裁定一个未经许可的工会组织，可以作为一个虚拟的法人被诉。[④] 判决意见在总结中几乎没触及这部分未成定论的内容，以及在其背后存在的一个古老争论和一堆不计其数的法律著作。我们的英格兰兄弟们走得更远。根据枢密院司法委员会最近的一个裁决，[⑤] 英格兰承认一个被印度人当作神来崇拜的木制

① Consult Holdsworth, op. Cit., vol 9, p. 48; Dewey, “The Historic Background of Corporate Legal Personality,” 35 *Yale L. J.*, p. 655; Maitland, Introduction to Gierke's *Political Theories of Middle Age*; Barker, *Political Thought from Spencer to Today*, pp. 175 - 180; Laski, “The Personality of Associations,” 29 *H. L. R.* 404; Borchard, “Government Responsibility in Tort,” 36 *Yale L. J.* 757, 774; Geldart, *Legal Personality*; Bijur, J., in F. L. T. Co. v. Pierson, 130 Misc. N. Y. 11.

② Holdsworth, vol. 9, p. 47.

③ *Cf*. MacIver, *The Modern State*, p. 475.

④ *Cf*. Taff Vale Ry, Co. v. A. S. R. S., 1901, A. C. 426.

⑤ Mulleck v. Mulleck, 1925, *L. R.*, 52 Ind. App. 245; “The Personality of an Idol,” P. W. Duff, 3 *Cambridge L. J.* 42.

偶像具有人格，因为印度人如此认为。接下来，为了防止其权利受到侵犯，判决又被推翻了，并将守护神像的人指定为神像的代表。在此，人格不是赋予给一个人或一个群体，而是赋予给一个公认无生命的物。相似的情况有，欧洲法中早就承认国库具有法人人格，[①] "Stiftung"（捐赠的资金）和基金会也具有法人人格。[②] 309
一个稍微疏远的相似情况是，许多判决都承认外国公司的人格，它们可以在我们法院起诉与被诉——只要其国内法也承认这种能力。对这些扩展法人人格观念的作法，现在我们没有机会表示同意或声讨。这些作法有些被解释为对国际私法确立的"礼让"（comity）原则或某个类似原则的遵从。[③] 其他一些则表明我们法院的判决逐渐在法学与社会学之间建立起一种亲善关系（rapprochement）。我们开始接受社会观念，并在法律上认可它们。

但现在，让我把现实的法人人格这个无关宏旨的迷人主题放到一边去吧。这个现实至少说明，在社会现象中，群体并非一种偶然的、任意的现象，而是一种长期存在的普遍现象，它们改变了它们之中那些个体的利益与需要。法律不能无视这一点，即便它希望如此，因为如果将群体视为一个同心圆的话，最外围的圆圈将是国家本身。因而，当国家试图通过法官标识出自由与政府的各自限度时，它必须通过这样的途径来划分界限：个人与群体，

---

① Jones, "The Early History of the Fiscus," 43 *L. Q. R.* 499, 502; M. R. Cohen, "Communal Ghosts and Other Perils in Social Philosophy," vol. 16, *Journal Philosophy, Psychology and Scientific Method*, 679, 680.

② Saleilles, *La Personalité Juridique*, *Passim*; *Roguin*, *La Régle de Droit*, vol. 2, pp. 434, 460, *et seq.*; Gray, *Nature and Sources of Law*, sections137 – 140; Wise's *Outlines of Jurisprudence*, 4th ed. by Oliver, p. 49.

③ Young, "The Legal Personality of a Foreign Corporation," 22 *L. Q. R.* 178, 187.

以及适于它们各自的生活方式，都拥有和谐发展的范围与机会。至于那条线的位置，在有关自由与法律的问题中，并不重要。

作为一个法律概念，自由包含了一个潜在的矛盾。最严格意义上的自由是对法律的否定，因为法律就是约束，无约束则导致无政府状态。另一方面，打破约束的无政府状态将使自由成为强人和寡廉鲜耻之人的专有物。“这是一个均衡的世界。”林肯说道，① “不愿成为奴隶的人必须同意废除奴隶制。”我们再一次与矛盾相遇。

很久以前，洛克就发现了这一矛盾，自他之后，没有人作出更恰当的表述。②“法律的真正涵义，”他说，“与其说是限制，毋宁说是指导一个自由而理智的人追求自身的正当利益，它不会
310 在受法律约束的人们的一般福利范围之外作出规定……仅仅为了防止我们堕入泥潭和悬崖的作法，不应被称为限制。因而，法律的目的不是废除或限制自由，而是保护和扩大自由，尽管人们可能会产生误解。这是因为在一切可受法律支配的人类状态中，哪儿没有法律，哪儿就没有自由。这是因为自由意味着不受他人的束缚与强暴，哪儿没有法律，哪儿就不可能有这种自由，但是正如人们所说，自由不是‘人人都可为所欲为’。当任何人都可以趁一时之快而压制另一人时，谁能有自由呢？自由是一个人在法律许可的范围内，随心所欲地处置或安排他自己的人身、行动、财富及其所有的财产，在此范围内，他不受任何人专断意志的支

① Sandburg's *Life of Lincoln*, vol. 2, p. 182.

② *Treatises on Civil Government*, book 2, sec. 57.

本书有关《政府论》的译文，参考了洛克：《政府论》，叶启芳 瞿菊农译，商务印书馆1993年版。——译注

配，只自由地遵循自己的意志。”现代社会科学研究丰富了洛克的这一思想，却没有改变它的本质。

“如果自由是一个社会概念，”霍布豪斯说，[①]“就不存在没有社会约束的自由。确实，如果去掉所有的社会约束，任何人都可能获得最大的自由。这儿就成了武力的天下，最强壮的人拥有无限自由，对弱者为所欲为；很显然，强者的自由越多，弱者的自由就越少。作为社会概念的所谓自由，是社会所有成员都享有的一项权利，毋庸置疑，如果一个社会缺乏适用于所有成员的约束或者所有成员都接受的约束，那么，某些人的自由必定造成对另外一些人的压制……过分的自由将与自由本身产生抵触。简而言之，不应该出现这样的事情：一个人只有自由，另外一个人却只有约束。”[②]

除了被打上现时投机主义烙印的妥协，再没有其他折衷之路吗？在州与国家的宪章中，都可以找到对个体自由的保证。根据普遍的共识，这至少意味着免于被奴役。要说它似乎承诺了更多的东西，我们是否只有选择对其繁华修饰或者将其奉为圣典？难道不存在一个理性的标准，促使人们在某个原则的启发下，作出明智决定？

在划定自由的领域时，法院声称，他们在极大程度上是根据经验开展工作，且对此颇引以为傲。他们说，我们不会明确界定 311

① *Social Evolution and Political Theory*, p. 189.

② *Cf*. 同一作者的：*Liberalism*, Home University Library, pp. 23, 139, 140, 144, 145.

本书有关《自由主义》的译文，参考了霍布豪斯：《自由主义》，朱曾汶译，商务印书馆 1996 年版。——译注

法律的正当程序，而是通过许多个案进行包容与排除，以逐渐“在海图上点出”它的位置。[①] 这种玩法很安全，在游戏刚开始的时候，精明一点也非常必要。问题是，这种满足于一系列特别结论的作法，我们准备持续多久。一路圈圈点点钩出路线当然很好，然而，总有那么一天：我们必须谨慎地回头审视，看看它们构成的是一幅图案，还是一大堆混乱无序的碎片与补丁。我并不认为，政治学或社会科学已形成了一个精确、明晰的自由概念，法院可将其用作试金石，机械地揭露事实。我的意思是，如果经验主义的背后是人们在焦灼地探寻和摸索一个和谐原则的过程中思考和记录下来的学问和知识，那么，经验主义的解决方法将更明智、更合理，我坚信如此。

权利法案保障个人维护他的自由。它们却未对承诺的自由作出明确定义。宪政之初，人们头脑中的最大自由是身体上的自由。臣民不应因统治者的一时之快而受到折磨或关押。此后，或从此开始，自由的概念逐渐不限于肉体。自由与法治的关系非常密切。“政府管理之下的自由，”洛克说，[②] “应有长期有效的规则作为生活的准绳、这种规则得到社会一切成员的共同遵守，并由社会建立的立法机关来制定。”任何人都不应被挑出来作为怨恨之箭的牺牲品。那些由个体推举出来的机构“应根据正式公布的既定之法进行统治，这些法律不论贫富、不论豪门显贵和下里巴人都一视同仁，也不因特殊情况而有出入。”[③]

---

① Davidson v. New Orleans, 1877, 96 U. S. 97, 104; *cf*. Village of Euclid v. Ambler Realty Co., 1926, 272 U. S. 365.

② *Treatises on Civil Government*, book 2, sec. 21.

③ Locke, *op. cit.*, book ii, sec. 142.

据此，只要某个规范是法律，即只要它是普遍或平等的，区别于“临时专断的法令”，[①]它的效力或范围就不受限制。作为一个社会科学的概念，自由的涵义却不限于此。作为一个宪法上的概念，它意味着更多的东西，至少，在我们法律体系中是这样。在我们的宪政发展中，此概念经历了一个持续稳定、影响深远的发展过程。个体不仅可以坚持，限制其行为的法律，在类似的情 312
况下，也应将类似的限制加诸他人身上。他还相信应该有一个能自由行动、完全不为政府或法律所触及的领域，不管法令是特别针对他的，还是普遍针对所有人的。根据宪法的明确规定，其言论自由、意识或宗教自由受宪法保障。这些后来发展起来的豁免权获得了特别的保障，然而它们不过是一个更大豁免权的某几个方面，后者被笼统地宣告为：任何人的自由，非经法律正当程序不得予以剥夺。至少，它似乎是拥有最终发言权的法院的最近很重视的一个原则。[②] 除了上述列举的所有自由之外，这一宣告还赋予个体权利，抵制“纯粹个人的和专断的权力与行为”。[③] 命令和约束中存在的个人的和专断的东西，不会因具备了成文法的形式，就获得合理性、一致性。立法机关在使用自己权力方面，没有最终发言权。最终发言权在法院手中。

时间不允许我列一个成文法因恶意或反复无常而被宣告无效的判例目录，也无此必要。不过，我可以举几个典型的例子。政

---

① Locke, *op. cit.*, book ii, sec. 131, 136.

② N. Y. v. Gitlow, 1925, 268 U. S. 652; Pierce v. Society of the Sisters of the Holy Name of Jesus and Mary, 1925, 268 U. S. 510; Whitney v. Cal., 1927, 274 U. S. 357; Warren, "The New 'Liberty' under the Fourteenth Amendment," 39 *Harv. L. R.* 431.

③ Yick Wu v. Hopkins, 1886, 118 U. S. 35, 369.

府不能禁止私立中学或大学教授某种外语。[①] 基于同一理由，我们有把握说，它也不能禁止这些机构教授人类知识的其他学科。它不能垄断青年人的教育，为了用自己的模式塑造他们的思想，而禁止他们在任何官方以外的地方接受教育。[②] 诸如此类的限制侵犯了个性在一个基于家庭而组织起来的社会中的自由发展。当我们扼杀了一个群体如此基本的精神生活时，已踏入了自由最隐秘的领地。[③] 与这些涉及精神自由的判例相比，那些限制政府干预经济自由权力的判例，则受到了批评。（比如）立法机关不应要求向妇女支付的报酬达到最低工资标准，尽管该标准尚未超过
313 保持一种像样生活的基本所需；[④] 不应禁止雇主歧视与工会有联系的雇员；[⑤] 它也不应取消为解决劳资纠纷而颁发禁止令的衡平法救济；[⑥] 不应要求劳动纠纷提交给仲裁委员会；[⑦] 甚至不应规定面包块的重量，[⑧] 不应禁止床垫中塞入劣质的旧毛绒。[⑨]

在这里我无意讨论一个争论不休的问题：这些案件或者其中的某些是否应作出另外一种判决。法院已根据自己的权威作出了回答。我的目的仅仅在于探究，作为一个社会科学概念的自由，是否具有这样一层意义：有关秩序的问题摆到法院面前时，它可以提供启示。探究是为了找寻一个普适性的原则，不论其植根于

---

① Meyer v. Nebraska, 1923, 262 U. S. 390; Bartels v. Iowa, 1923, 262 U. S. 404.

② Pierce v. Socirty, etc., 1925, 268 U. S. 510.

③ *Cf*. Spinoza, *Tractatus Politices*, ch. 8.

④ Adkins v. Children's Hospital, 1923, 261 U. S. 525.

⑤ Coppage v. Kansas, 1915, 236 U. S. 1.

⑥ Truax v. Corrigan, 1921, 257 U. S. 312.

⑦ Wolff Packing Co. v. Industrial Court, 1922, 262 U. S. 522; and, 267 U. S. 552.

⑧ Burns Baking Co. v. Bryan, 1923, 264 U. S. 504.

⑨ Weaver v. Palmer Bros. Co., 1926, 270 U. S. 402.

历史还是哲学，不论其植根于对实然的研究，还是对应然的纯理论努力。对上文提及的特别例子，我将留待他人运用社会科学理论来解决。这不会消减上述探究的重要性，尽管在某些情况下，甚至在许多情况下，社会科学理论的运用将得出与那些已为法院接受的判决不同的结论。我关注的是一种对将来有价值的方法。我的引经据典或许太多了。请原谅，与我的一己之见相比，它们在写作中更有力地帮助我努力地揭示真理。

316

四、自由与政府
结论

历史和理性一起向我们提出警告：当成文法阻碍或限制个性（或者换句话说，思想与精神）的自由发展时，将损害“自由”。我所说的历史，特指我们自己的历史，我们自己的制度起源；我所说的理性，则是根据一般的历史学、心理学和伦理学，对社会福祉的理想所作的科学解释。我们制度的起源提供了一个研究视角。“我在上帝的圣坛前发誓，永远抗拒压制人类思想的任何一种专制。”话是杰弗逊的，精神却是流传已久的。比尔德教授所谓的伟大的美国传统正是建立在这一信念之上。[①] 在我们先辈的观念里，对思想和言论的压制，尤其对良知的压制是一种确实存在的、异常凶险的邪恶。[②] 其他形式的自由虽然获得了笼统性的保障，却蕴含着不确定性。而精神解放被放在权利法案的最前面宣示，是让所有人明白，这是我们政治哲学的基础。无疑，会有一些人，当理论受到实践的检验时，对关于精神的这些真理丧失了信心。1798 年的《反煽动法》便是一例。[③] 但是，大浪回头的逆流比对自由原则的偶然压制要更强烈、更凶猛。确实，大潮终将慢慢退去。宣告思想解放的宪法条款，没有、也不可能用确定无疑的措辞来表达，以避免解释冲突的发生，因为时不时会有特

① Beard, "The Great American Tradition," *The Nation*, vol. 123, no. 3183, p. 7, July 7, 1926; *cf*. Beard, *The Rise of American Civilization*, vol. 1, pp. 151, 152, 160, 185, 379, 449, 487.

② 例如，参见Jefferson's *Bill for the Introduction of Religious Freedom in Virginia*；又参见其有关弗吉尼亚的笔记，Hirst 引注，*Life and Letters of Thomas Jefferson*，pp136，138；Franklin，及向其学会的新成员所提出的问题，Beard，*op. cit.*，p. 169；Chafee，*Freedom of Speech in War Time*，pp. 4. 21，23.

③ *Cf*. Whipple, *The History of Civil Liberty in the Unites States*；又参见 Irving Lehman 法官有关“纽约的宗教自由”的演讲，N. Y. L. J. 1927 年 5 月 6 日印制，Beard，*op. cit.*，p. 543.

定的方法被用来检验它。思想活动的自由原则包容了所有这一切，成了我们政治哲学的基本原则，成了伟大的美国传统。“汝等当知晓这一真理，它将使你们获得自由。”

317 在我们建国之初，与历史之声和谐共鸣的是更深沉的科学之声，即社会生活的科学，解释了普遍的历史和人类的基本需求。如果个体自由并不热切希望将保持个性发展的机会作为最低要求，它将是一个贫乏、畏缩的东西，无法满足我们的渴求或需要。[①] “自由之人，”斯宾诺莎说，“仅仅遵循理性的命令而生活。”[②] 只有拥有知识才自由，我们的自由与知识成正比。无选择即无自由，无知识即无选择——否则，一切都是虚幻。因而，自由真正的含义在于吸收和获取思想的自由。这就是阿克顿勋爵的名言所阐述的“对抗权威、多数、习俗和舆论”的基本权利。[③] 菲格斯（Figgis）博士在总结阿克顿的性格时说，“每个人的权利不是拥有最佳状态，而是追求最佳状态，这是他的一个信念。”[④] 没有选择的机会，思想就套上了枷锁。喜欢发表异议的人可能提出，选择的机会不一定是件好事，也许是桩坏事儿呢。如果他认为在拒绝机会的同时可以保存自由，那真是自相矛盾。了解的自由是所有自由的基础。

大约三百年前，弥尔顿就精神自由的几个基本条件，即言说与书写的自由作出了经典辩护。[⑤] 辩护针对侵犯思想自由发展的

---

① *Cf*. Hobhouse, *Social Evolution and Political Theory*, p. 199.

② Spinoza, *Ethics*, p. 187, Everyman's ed., also p. 158.

③ Lord Acton, *The History of Freedom and Other Essays*, p. 3.

④ *The History of Freedom and Other Essays*, Introduction, p. xxvii.

⑤ *The Areopagitica*, a plea for the liberty of unlicensed printing, 1644.

某种特定形式，其意义却不限于当时之事。其对限制出版自由所作的合理论述，对限制思想发展的其他形式而言，必定也是合理的。这些限制都应遭到同样的谴责。它们的错误在于：在历史清楚地表明预言能力不起作用的那些领域，仍假定自己具有预言能力。伽里略、哥白尼和布鲁诺教会我们许多东西，但其中最重要的是知识的谦恭。“乔达罗·布鲁诺已预见，未来之人将会赞同他”——这一昭示其荣耀与苦难的碑铭[①] 唤起的是怀念者无尽的忧思。它告诉我们，焚烧书籍，扼杀思想，与焚烧肉体一样无效，对点火之人来说，也一样可憎。许多至关重要的事情都可以做试验，设定思想边界却做不得试验，因为自由交流思想是智识 318
试验必不可少的条件，是对后者有效性的一种检验。[②] 就自由的这一最基本条件，社会科学研究者已达成了一种牢不可破的共识。在一种社会精神建立的过程中，理智与情感相结合，思想反映社会的习惯，这符合霍布豪斯在分析这一过程时所描述的方式。[③] “现在看来，”Bury 博士在总结思想冲突的历史时说道，[④] “理性抗拒权威的斗争，以自由的决定性、永久性胜利为终局。在最文明和最进步的国家，言论的自由已被视为一个基本原则。实际上可以说，在人们心中，它已成为对启蒙的一种检验，因而，普通人只要得悉：在诸如俄罗斯与西班牙这样的国家，思想多少会受到羁束，都会承认，在这方面，那里的文明程度必定比

① Robinson, *The Mind in the Making*, p. 219; White, *History of the Warfare of Science with Theology*, vol. 1, p. 57; *cf.*, MacDonnell, *Historical Trials*, Bruno, pp. 66, 83.

② *Cf.* Bury, *A History of Freedom of Thought*, pp. 233, 239.

③ Ante, p.

④ *Op. cit.*, p. 247.

邻国低。”此时，这个普通人的背后有哲学家的支持。如果政治哲学有什么信息想要传授的话，那就是智慧之声已将个体“不是享有最佳状态、而是追求最佳状态”的权利归为一笔无可置疑的遗产，一项对公认的人类财富予以保护的善。

让我们从斯宾诺莎谈起，他在1670年匿名发表《神学政治论》时，正值弥尔顿为自由大声疾呼。“言论自由遭到的顽固压制越多，对压制的反抗也必定越坚决——当然不是那些溜须拍马和阿谀奉承之辈，而是那些因自由的教育和诚实的生活而变得更自由的人……凡人天造，他们最不能忍受的莫过于看到自己奉为真理的思想被看成罪恶，促使自己对上帝虔诚、对人类仁爱的东西被解释为邪恶；因此，他们将憎恨法律，冒险地反抗当局，且并不认为这是卑下的、应受谴责的，倒是勇敢的、值得嘉许的……真正扰乱国家和平的人，是那些在一个自由的国度中否认思想自由的人，对这种自由，他们是无法擅作威服的。”①

319 现代社会学和伦理学所做的只是详述和重申了这一关于人类思想威力的胜利宣示。

“自由的价值，”霍布豪斯说，②“在于增进人类思想的活力，而国家控制的价值在于保障外部的环境，包括（争论各方的）互相克制，从而保障思想的活力。在前一领域里，强制失败了。在后一领域里，则自由失败了。因而，控制的延伸主要不是为了削

① Spinoza, *Tractatus Theologico-Politicus*, translation by Willis, published in London, 1868, pp. 348, 351; Frank Thilly, *Spinoza's Doctrine of the Freedom of Peace*, 1923. pp. 88, 102.

本书有关《神学政治论》的译文，参考了斯宾诺莎：《神学政治论》，温锡增译，商务印书馆1997年版。——译注

② *Social Evolution and Political Theory*, p. 202.

弱自由，相反，它自身就是扩展自由的方式，人们可以也应当记住这一特定目的。因此，在总体上，我们发现了下述趋势：在凡是对人类有价值的事务将取决于自发冲动、思想的自由交流以及自愿合作的领域，限制正在逐渐消除，与此相伴的是另一种正在加强限制的趋势：抑制直接或间接伤害同伴的行为，为了适应不断发展的集体责任感，国家行动范围也在扩大。我们正在面对和谐发展的两种截然相反的条件，必须对它们各自的功能作出谨慎评价，才能使它们达成和谐，藉以寻求和谐的总发展方向可以表述为：国家的进一步发展在于扩展那些能够促进思想活力更全面发展的公共控制。”

这个作家在另一本同一主题的书中，[①] 更敏锐地再次阐释了此思想。

“在这种自由和这种控制之间，”他说，“不存在真正的对立，因为每一种自由都建立在一种相应的控制上。真正的对立存在于压制个体生活和精神秩序的控制与旨在保障个体不受妨碍地自由发展的外在物质条件的控制之间。”他又说，[②] “自由主义并非以淡漠的态度、而是怀着对真理力量的深信不疑来运用迦玛列*(Gamaliel) 智慧。如果这件事情仅属于人类空想，也就是说，并非扎根于真实的现实，它终将一事无成。如果它属于上帝，我们还是好自为之，不要与上帝相对抗。”[③]

因而，拉斯基在《政治学原理》(*Grammar of Politics*) 中说： 320

---

① Liberalism, p. 147.

② P. 118

* 迦玛列：《圣经》使徒保罗之师。——译注

③ *Cf.* Maitland, *Collected Papers*, Liberty, vol. 3, p. 90.

“每个人的个性发展，既不应受权威也不应受习惯的约束，这样才有助于个性使自身的多种冲动达致充分的和谐，这似乎是自由永恒不变的精髓。”[1] “当一个人知道自己在做一件值得之事时，自身的冲动实现了和谐，当限制的特定禁令打破了这种和谐，就侵犯了自由。当限制妨碍了精神生活的丰富，就会被人们视为一种邪恶。”[2] “若要享受普遍自主，我必须拥有一些自由，它们将从总体上筑起一条使我可能达致最佳状态的道路。这并不意味着我一定可以达成最佳状态，而只意味着我可能独立地实现最佳状态，缺乏这些自由，我将没有可自由支配的创造方式。”[3] “因而，自由就是历史证明的、构成个性发展基础的那些机会。”[4]

这些引文与一位伟大的自由传教士所说的话非常相似，他预言，当他在人类思想状况的认识方面作出的其他贡献被思想的进程远远抛到一边时，他为精神的自由发展而进行的辩护仍有可能存在。

他，密尔，在《论自由》中说道，[5] “如果除一人之外的全人类持一种意见，只一人持相反的意见，那么，全人类使他保持沉默，并不比他使全人类保持沉默更显正当——如果他有权力的话。如果某种意见只是一种仅对意见持有人有价值的个人观点；如果阻止人们享有这一意见仅仅构成了对私人的侵害，那么也许差别仅仅在于侵害波及的受害者是少数还是多数。但是，对意见

① P. 102.
② P. 143.
③ P. 144.
④ P. 144; *cf*. Dewey, *The Public and Its Problems*, p. 159.
⑤ P. 79, Everyman's ed.

表达的压制，最为可恶的一点，在于它是对整个人类的剥夺；不仅剥夺了我们这代，也剥夺了我们的后代；对异议者的剥夺，更甚于对支持者的剥夺。如果该意见是对的，那么人们被剥夺了一个真理替代错误的机会，如果是错的，则丧失了一个几乎同等重要的利益，即从真理与谬误的冲突中产生的、对真理更清晰的认识和更生动的印象。"①

接受此原则，正如接受其他任何一个普遍而抽象的原则一样，并不当然地意味着将其应用于特定情况时不会出错。施塔姆勒有关归类过程（process of subsumption）的说法用在这儿一样准 321
确。"迄今为止，"他说道，② "公正之法的方法在运用时仍存在着不确定性，通常的原因在于归类问题。因为将某个特定情境归入一个一般命题，从来不可能绝对准确。缺乏数理基础是一方面原因，另一方面则是还有比概念的纯粹逻辑排列更得失攸关的其他事情。"③ 自由发展权并不排除政府为确保青年人掌握最低限度的知识所拥有的权力。当然，即便在此也存在着非法侵害权利的可能。政府可能在父爱关怀的伪装下，根据自己的意志隐秘和渐进地塑造其成员。区别往往只是程度上的。世界拥有的某些知识财富，历经数世纪的辛苦探索才积淀下来。这笔知识的价值接受了数代人的检验和证实，排除青年人分享它们的机会，也就排除了他们推进这笔知识的机会。如果私立学校没有能力达到一个合理的资质，国家可以坚持，青年人应当在公立学校接受教育，直至私立学校达到了这一水平。如此行使权力截然不同于无视私

① *Cf.* MacIver, *The Modern State*, p. 153.

② *Op. cit.*, p. 233.

③ See also *op. cit.*, p. 233.

立学校的优点而实施全面压制，以便实现这样的目的：向全国人民灌输一种由国家自己确立之思想模式。我们也许质疑，如何才能知晓必需的水平在何时才算达到。除了被选定的某些人，即那些富有技能和经验之人，那些受过教育学培训之人，除了他们的判断，不存在其他标准。法院将参考这些判断，一旦证实，则受制于这些判断，尽管证实的功能当然属于法院。非司法的领域也会碰上类似的困境，诸如大学中永远存在的学术自由问题。人们已达成一种共识，不得随意开除一个教师，即使具有下列理由：他一直向学生灌输异常的、非正统的或不得人心的学说，这种异常、非正统或不得人心的学说甚至极端到可以视同为无知。在错
322 综复杂、变幻无穷的迷宫里，原则的溪流有时会迷失自我，然而，它最终仍会浮现，继续其光辉灿烂的旅程。

区分思想和行为往往是件非常棘手的事情。我们受到保障的自由不是行为的自由，而是思想和言说的自由。在某些情境下，思想和言说可能等同于行为。达到了这一界限，也就达到了豁免权的限度。“没有人妄想，”密尔说道，[①] “行为应当与意见一样自由。相反，如果意见的表达构成了对某些危害行为的一种实质性煽动时，这些意见就丧失了豁免权。粮商使穷人挨饿，或者，私有财产是一种掠夺，这些观点仅仅通过新闻媒体传播，就不应受到阻碍，然而，如果在一个粮商的房前向一群情绪激昂的暴民鼓吹这些观点，或者以标语的形式向同一群暴民宣传，却理应招致惩罚。无论何种行为，如果缺乏正当理由而伤及他人，就需要，（紧要关头就绝对需要）受到相反情绪的控制，必要时甚至

① *Liberty*, Everyman's ed., p. 239.

需要借助人们的积极干预。"[①] 霍布豪斯也有如此观念[②]："就某个观点的内容而言，它仅仅算是一个想法或是一种劝说，故可以拥有绝对自由，即便如此，也必须承认，某些形式的劝说实际上是强制性的，故国家考虑在何种程度上保护年青人或弱者抗拒这种压迫意志的诱惑，是正当的。除此之外，当某种观点引发了一个可能压制他人的行为，无论是否具有故意，都可能促使国家以自由之名发挥作用。"[③]

将这些看法运用于法院的某些判决是非常有益的。例如，我们可以在下列判例中运用：宪法不会保护遭立法机关废除的一夫多妻制，因为这一惯例的假定优点仅属于某一教派的信条。[④] 我们也可以在对言论自由的限制中运用：人们认为，在战争的紧急状态下，或者在和平时期的某些时候，为了国家的安全，这些限制是允许的。在何种程度上给予限制或赋予特权却是件恼人的事情。"破坏和平的现象是实际存在的，"Stephen 在《刑法的历史》 323
(History of the Criminal Law)[⑤] 一书中说道，"它们将损害或威胁人们的生命、肢体和财产，这些犯罪行为可能源于某种煽动。但是，任何可能对政府的指责，除非其即刻导致对和平的践踏，都

① "对言论自由的最严格保护也不会保护一个在剧院中欺骗性地大呼失火、并引起骚乱的人。"——Holmes, J., in Scheneck v. U. S., 1916, 249 U. S. 47, 52.

② *Social Evolution and Political Theory*, p. 200; *cf*. the same author's *Liberalism*, p. 148.

③ See the same author's *Liberalism*, p. 148, and his *Elements of Social Justice*, pp. 73. 74; but *cf*. Laski, *A Grammar of Politics*, p. 120, and the same author's *Authority in the Modern State*, p. 56.

④ Reynolds v. U. S., 1878, 98 U. S. 145.

⑤ Vol. 2, p. 300.

不应被视为犯罪。"[1] 我们通常也可以这样来说明言论自由。不过，事实表明，说比做要容易得多。在最近的案件中，我们最高法院的法官对某些判决，诸如 Abrams v. U. S., 1919, 250 U. S. 616, 以及 N. Y. *v*. Gitlow, 1925, 268 U. S. 652 产生了严重分歧。[2] 这个分歧警示着：在衡量行为与信念的相互关系时，尺度必须把握得非常精确。在那种平衡很难把握的时候，人们应当更侧重于对自由的保护。这一训诫（如果没有其他训诫的话）从四遭的黑暗中凸现出来。即便经历了一个世纪甚至更长的寒冷，伏尔泰的思想火种至今仍翳翳发光："我不相信你的话，但我将誓死捍卫你说话的权利。"

当我们从思想或精神的自由转而谈论其他形式的自由，尤其是经济自由时，我们将陷入其他困境。问题可能并不更棘手，却至少更复杂，更缺乏统一性，且都非常独特。当我们将其视为法律问题而非社会问题时，尤其如此，因为我们宪法在发展自由的观念时，花费最大力气保护的一种制度，就是私有财产制。成文法可能因损害了附属于财产的基本权利而被推翻，尽管它们是在通过确立更广泛的分配平等，发展经济自由。在将这些社会学家的教导应用于法律之前，必须进行一些更正，以便包容这些带有倾向性的力量。然而，这并不意味着应该完全忽略这些教导。

我发现，对经济自由领域里这种社会思潮趋势的表述，没有一种比霍布豪斯在《自由主义》的"自由放任主义"一章中的表述更清晰。一开始，曼彻斯特学派反对政府对工人的劳动时间进

① See also Holdsworth, *History of English Law*, vol. 8, p. 338.

② *Cf*. Brandeis, J., in Whitney v. Cal., 1927, 274 U. S. 357, 372.

行管制。管制被视为有悖于契约自由。不久以后，事实证明，这 324
种自由仅仅停留在口头上。“想一想，一个是雇佣了500个工人的老板，一个是没有其他谋生手段的工人，他们在谈条件。交易失败了，老板只失去了一个工人，还有499个工人为他的工厂干活。在另外一个工人来到之前，其最坏的情况不过是有一、两天在某台机器上碰上少许的麻烦。而在此期间，那位失业的工人却可能没有饭吃，眼睁睁地看着他的孩子挨饿。在这种情况下，哪有什么有效的自由可言呢?”① 工团主义得到发展，致力于调整这一平衡。工人因此获益，并促使这个重要经验得到更广泛的应用。即：“真正的契约自由要求缔约双方在实质上是平等的。如果一方居于优越地位，他就能强制规定条款。如果另一方居于弱势地位，他就只能接受不利的条款。”②

德·托克维尔深信，在绝大多数人的思想中，对平等的热爱比对自由的热爱更强烈。但这样的对照并不真实。平等是自由的必要条件，或者相对于非社会的或无政府主义的自由而言，平等至少是社会自由的必要条件。偏爱平等的基础是一种具有合理核心的直觉知识。“缺乏平等的自由，听起来高尚合理，结果却污秽不堪。”③

理解了这一真理，使我们的法律逐渐接受：立法机关具有管制工厂条件的权力——在富人与穷人之间建立一定程度的机会平等。这一潮流也有对立面，它以个人哲学为基础，一度渗透到法院的判决之中，然而，一个不可抵挡的促动力推进了这一潮流。

---

① Hobhouse, *op. cit.*, pp. 83, 84.

② Ibid., p. 85.

③ Hobhouse, *Liberalism*, p. 86.

于是，我们发现，立法要求在廉价的房屋和工厂中使用安全装置；使工人免除雇主法定责任的合同归于无效；限制妇女工作的时间，在长久的犹豫不决之后，并最终限制了男性的工作时间。英格兰还在“血汗行业”设立了工资委员会，该委员会确定，付
325 给工人的工资必须没有年龄或性别的限制。[①] 我们最高法院的一个判决曾区分了对时间的管制与对工资的管制。[②] 想必，它丝毫没有考虑到：不应从消极地或者利己地角度，将自由视为完全不受限制的，而应从积极地、社会的角度，将其视为根据机会自由的目的而对限制的调整。判决招来了法庭成员的强烈反对，也激起了法学领袖人物的批评。[③]

如上所言，当社会科学碰上这种有关秩序的问题时，答案毫不含糊。霍布豪斯说道，[④] “非社会自由与社会自由不同。非社会的自由是一个人只顾自己的愿望和利益而运用权力的权利。对个体而言，这种自由在理论上是可能的。它反对所有的公共控制。对个体间相互联系的集合体而言，它在理论上却是不可能的。这是社会的一种矛盾，除非所有人的愿望都自动与社会目标相调和。除了未来的太平盛世，这种自由在任何时代都建立在限制之上。这是一种能为社会所有成员享有的自由，一种从那些不伤害他人的行为中进行选择的自由。随着有关行为社会效果的经验趋于成熟，随着社会良知逐渐觉醒，伤害的概念扩大了，对其

① Hobhouse, *Liberalism*, p. 86.

② Adkins v. Children's Hospital, 1923, 261 U. S. 523.

③ See the volume *The Supreme Court and Minimum Wage Legislation*, *published by New Republic*, *Inc.*, New York, 1925.

④ *Liberalism*, p. 91.

起因的洞察也更深刻了。因而，限制的领域越来越多。”

“对一个肤浅的观察者来讲，”一个从事社会结构研究的有识之士写道，[1] “在民主制下，控制、检查和管制的增加似乎意味着越来越多地废除个性。但是，有必要衡量不同的自由，我们可以发现，不管如何提出批评、列出例外，从整体上讲，与从前那些压抑个性精髓的限制相比，对自由的这些新限制都是非主要的，并未触动最基本的个性。”

让我回到霍布豪斯的话：“随着有关行为社会效果的经验趋于成熟，随着社会良知逐渐觉醒，伤害的概念扩大了，对其起因的洞察也更深刻了。因而，限制的领域越来越多。”我们必须明白这一道理：“自由”的概念，在不同地方或不同时代包涵着不同的自主权。一个人口密集、组织化程度高的工业社会必需的限 326
制，在一个拓荒时期的农耕社会可能是专制的和压迫的。山脉、农作物和天气，诸如此类的自然与地理条件会影响生活的方式，也会影响生活的自由与规则。[2] 经济条件当然具有一种不容忽视的力量。贸易管制中禁止垄断与联合的成文法证明了我们法律中一个潜在假设：何处的自由遭到了破坏，就在何处增进自由。当然，需要记住的是，在确定宪法豁免权的内容时，我们必须根据具体实际，不断地用双眼来检验成文法的有效性。我们在判断影响人们生活方式的管制将增加还是减少自由之前，必须知道人们如何工作、又如何生活。

即使获得了所有这些知识，我们仍然可能犯错误。我们依然

① MacIver, *Community*, p. 317.

② Barnes, *Sociology and Political Theory*, pp. 30, 66.

面临着“法律与生活中的永恒之谜：在何时，我们走过了头？”①沿途虽有路标，但我们只有获得相应能力，才能读懂它们。阿克顿爵士教导我们，“希伯来民族的例子画出了两条平行线：一条是民族传统的教义，即宪法经过-个发展而非突变的过程生根发芽的原则；一条是高级法的教义，即所有政治权威都必须根据一个非人类创制之法来检验和变革的原则，根据它们，人们赢得了所有自由。”②我们千辛万苦收集具体事实，但在解释它们的意义之前，还需用这些原则来检验它们。传统发展的原则禁止大规模的变化，禁止具有风暴式开始与剧烈动荡的革命性变化。然而，审查员必需小心谨慎。实际上，在代议民主制中，民选立法机关很少会允许现行法律制度猝然断裂。“宪政结构的历史延续性，”有人说，“并不一定意味着适用中的-成不变。在何种程度上遵
327 循延续性意味着对过去的遵循，应完全根据或多或少最终决定案件的那些问题，这涉及裁判的艺术。”③立法机关同法院一样，是宪法豁免权的阐释者和监护人。④我们应当谨防思想上的麻痹，必须认识到，灾难性的革命可能蕴藏于对习惯的每一次侵蚀中。然而，还有第二种检验，即高级法的教义，今天，它已经不具有神学的涵义，也没有必要具有神学的涵义，它更像施塔姆勒的自

---

① Frankfurter and Corcoran, “Petty Offences and Trail by Jury,” 39 *Harvard L. R*. 981.

② Acton, *History of Freedom and Other Essays*, “Freedom in Antiquity,” p. 5.

本段译文，参考了阿克顿：《自由史论》，胡传胜等译，译林出版社2001年版。——译注

③ Frankfurter and Corcoran, “Petty Offences and Trail by Jury,” 39 *Harvard L. R*. 922.

④ M. K. & T. Ry. Co. v. May, 1904, 194 U. S. 267, 270; People v. Crane, 1915, 214 N. Y. 154, 173.

然法教义，只是内容有所改变[1] ——高级法的教义将在民族传统的范围内，根据变化在所处的基本时空条件下，是促动还是延迟个性的自由发展，来检验变化的有效性。

自然权利学说在发展了一百多年之后，尽管还保留了原来的标签，但内容已发生了很大的变化。在明尼苏达大学诺曼·韦尔德（Norman Wilde）教授写的《现代国家的道德基础》这本小册子里，你可以很容易地找到有关自然权利的现代观点，概括得清楚明了。“现代的自然权利学说既是现实性的，又是历史性的。它全然不知所谓的人性及其抽象的权利，它所发现的仅仅是一套不断变化的传统，即社会福利的最基本条件。在人类发展的每一阶段，都可以发现某些生活的标准，由此确定了人们忍受既定秩序的条件。只要社会满足了这些条件，人们将心平气和地干自己的事儿，但是如果满足不了这些条件，人们基本的生活与行为习惯都遭到破坏，他们就会揭竿而起，索取权利。这些基本的权利并不取决于抽象的人性，而是取决于一个特定时代和特定民族的习惯和期望。我们可以笼统地谈起生命、自由以及对财富和幸福的追求，但是除非将这些动人的术语解释成特定民族与特定时期的，否则它们毫无意义。正如每个孩子在成长的过程中需要不断变换衣服一样，社会在每一个发展阶段，都需要不断对权利进行修正与重新阐述。”[2]

---

① See Cardozo, *Nature of the Judicial Process*, p. 132; also Laski, *English Political Theory*, Home University Library, p. 60; Charmont, *La Renaissance du Droit Naturel*, 7 Modern Legal Phil Series, p. 111; Borchard, "Government Respinsibility in Tort," 36 *Yale Law Journal*.

② Wilde, *The Ethical Basis of the State*, p. 83; *cf*. M. R. Cohen, "Jus Naturale Redivivum," 25 *Phil. Rev*. 761; Laski, *Authority in the Modern State*, pp. 64, 65.

一国宪法及其立宪政体对自由的保障是这样一种保障：在文
328 明化的任何一个特定阶段，人们基本和主要的权利与豁免权应当获得保护，不受政府行政部门的破坏或侵犯。根据这一原则，我们可以对某些判决进行分类，以确定那些实现法律正当程序所必需的正义的基本要素。诸如判决须经告知与听证。诸如须由一个公正无私的、与案件无利害关系的法官审理。就在几天前，这一原则被用来推翻一个治安法官的判决，因为他的薪水是根据其判决的罚金按比例提取的。[①] 诸如审理必须冷静、审慎，至少应当给予人们公平的机会。如果判决只是记录了一群暴民的要求，无论审理采取了何种形式，实质都是形同虚设。[②] 这些都是可能对基本和主要的自由造成侵犯的例子。有时候，从哲学或者正义的角度来看，被判为侵犯自由的行为，并不那么明显。在界定契约自由的范围时，尤其如此。然而，界定豁免范围的责任必需有人承担。我们的宪政体系将这一责任赋予了法院。这一权力不能草率或轻易地运用，从而降低威信，遭人憎恨，而应完全被用在刀刃上。有时候，在自私自利群体的怂恿下，或者，在或激情或冷漠的怂恿下（这种情况很少），立法者遗忘或忽略了比法案促进的利益更永恒、更基本的利益。这就是我们的政治理论：期望法官透过瞬息万变的波动，发现更深层的原则，将它从正在流逝的特定潜流中拯救出来。

这种不断变化的自由的概念，尤其是经济自由的概念，意味着法院有义务根据时间、地点和环境来决定其涵义。我们所处的

① Tumey *v*. Ohio, 1927, 273 U. S. 510.

② Moore *v*. Dempsey, 1923, 261 U. S. 86.

时代更多地强调：实施事实发现活动，必需以展示时间、地点和环境原本的面貌为目的。现代生活如此复杂，法官亟需获取比通常更全面的信息，否则对自由的外在限制很可能失去意义。结果是，自由被视为静态的和事先确定的。最高法院就 Chastleton 一 329
案[1] 的判决可能被认为开创了一种新技术的先河。问题涉及到：在哥伦比亚特区发生的、致使限制公寓租金的法案合法化的紧急情况是否已经结束。最高法院认为，如果它的司法知识是其行为的惟一基础，它会认为紧急情况已经结束。但是，它拒绝如此简单地解决问题，而是将案子发回审理法院再进行调查与报告。毫无疑问，根据许多地方的通行做法，最高法院本可以基于审判上的知识（judicial notice）来处理这个案子。一个值得推广的方法由此萌生。法院在判决时做调查方面应当比以往更感到自由。然而，调查的切实要求也在警示：如果不能全面地揭示事实，就应当比以前更心甘情愿地服从立法者的判断。这种有效推定不仅仅是一种敷衍了事，不能判决--开始时装模作样地重申，最终却抛之脑后。

自由主义的经验矫正法往往被用来拯治一个基于某种理论、已失灵的抽象观念，效果很好。许多立法革新起先被视为洪水猛兽或具有毁灭性成份，现在却不再让人感到恐怖，且失去了它的新奇。以城市区划法为例，它们获得了许多州的赞誉并推行开来。[2] 可以肯定，如果在上一代，法院会认为它们非法侵犯了财产使用的自由而予以否决。即使在我们这一代，当它们在立法上

① Chastleton Corporation *v*. Sinclair, 1924, 264 U. S. 543.

② Village of Euclid *v*. Ambier Realty Co., 1926, 272 U. S. 543.

还是个新鲜东西，面对最高法院时，我仍会担心它的命运。事实上，随着时间的推移，它们经受住了挑战，在广阔的土地上成功地运行。实践检验证明，它们的力量更倾向于保护而非破坏。除此之外，它们所维护的价值不仅是个体的或道德的——还涉及健康、舒适、庄重和有序等价值——尽管单独其中一种已非常了不
330 起；它们也具财产上的价值，因而与保守的传统联系紧密。城市区划的立法可能具有社会主义的趋势，但是现行秩序的支持者如果想想，它们既非无产阶级的，也非激进主义的，就会舒心点。食人凶魔已经失去利爪，变成了朋友。

如果推理有时会因坚持抽象的观念而受到损害，也会因先人为主的假设以及寻找论据支持它而受到损害。这是司法过程固有的弱点。[①] 但重要的是，尽量在我们的假设中排除那些仅仅是个体的、私人的东西，将假设与我们自身区别开来，其基础不应是喜爱或不喜爱的直觉，面应是一种广博的自由主义文化，一种被看成世界上最佳的知识（如 Arnold 所言），只要这种最佳知识与我们要解决的社会问题相关。当然，即使我们已竭尽全力，我们仍然不能使自己远离那个无法言传的情感王国，那个根深蒂固、已成为我们本性一部分的信仰世界。“我必须描述眼中的一切，”诗人叶芝在晚年对儿子说：“当然，真正描述出来的可能是另外一番光景，因为我的本性会在不知不觉中流露出来。”[②] 这并非什么新潮思想。很久以前，培根在透彻分析思想的幻象时，就告诉我们一个同样的道理。“人类的思想就像一些不规则的镜子，

① Laski, *A Grammar of Politics*, p. 544; and *cf*. Laski, "Judicial Review of Social Policy in England," 39 *Harv. L. R.* 832.

② W. B. Yeats, *Autobiographies*, p. 101.

将自身的本性加诸不同的事物……使后者扭曲、变形。”[①] 这个道理尽管不新，却仍未被时代抛弃。探寻思想与社会过程的现代学者将它放在了研究的最前沿。“心理学，”霍布逊（J. A. Hobson）说道，[②] “几乎一扫矫揉造作。真实只是个程度问题。”这一弱点不独存在于法律推理之中，而是波及所有社会科学的推理，从某种程度上来讲，它可能波及任何推理。用杜威的话来讲，“思想萌生成长；观念激增。它们来源于无意识的深层……信念的素材不是自我们而生，而是从其他源泉：教育、传统以及环境的暗示，传递给我们。”[③] 从对弱点的认识中获取力量，是我们最大的希望。

我曾谈及，我们的宪法应对社会科学造就的自由概念进行限 331
制和规范，以保障个体的财产权免受不合理的损害。对于已形成的不合理损害，要想在一个规范化的范围里解释清楚没那么容易了。于是，就需要一定的妥协，在过度的倾向之间，在狭隘得无法忍受的个人主义与宽泛得难以实现的利他主义之间，划出一条中线。法律中的这种对立面同样存在于道德之中。温德班在《哲学导言》[④] 中写道：“如果个体的幸福是所有其他人必须尊重的价值，却禁止他自己去追求它，这将是一种相互矛盾的表述。”私有财产制是法律给予人类思想中利己主义的礼物。然而，人类本性不仅仅是利己的。法官和立法者都认识到，如果为了回应人

---

① *Nov. Org.*, 1, 41.

② *Free Thought in the Social Science*, p. 45.

③ Dewey, *Human Nature and Conduct*, p. 314; *cf.* Robinson, *The Mind in the Making*, pp. 50, 60.

④ P. 226.

类的需要而塑造私有财产制，那么它必须被表达成一种剔除了野蛮行径的利己主义。必须给那些在特定时空条件下纯属习惯和正常的利他主义冲动留点儿余地。随着时间的流逝，我们赋予所有权名下的那些权力和特权并非一成不变的。柴把必须经常整理和捆扎。我曾经指出，“如今，人们宣告：财产制如其他所有社会制度一样，是为了实现某种社会功能。破坏这一制度的立法是一回事。促使其有效实现自身功能的立法则完全是另一回事。”①

人们可以从法院判决的背后发现对上述道理的认可，尽管法院有时过于强调从过去继承来的限制形式，相应地不愿意注意现实的需求。甚至当社会的迫切需求凸现时，也可能被遮盖，有时隐身于不完整的或问题丛生的规则与措辞之中。通常的表述是：在财产“影响到公共用途”② 的情况下，就可以限制财产权。这是一种便利（有些欺骗性）、涵义模糊③ 的表述，在它的掩护之下，所有权至上产生了许多例外。越来越多的商业活动被认为与
332 公共领域相关，这种趋势有时看起来似乎可能会无限扩大，直至不久前才受到意外的限制。在纽约戏票经纪人一案中，④判决以微弱优势取胜，却确立起一个新的分水岭，体现为必须更严格地遵循那些限制，并且，仅仅是那些随着时间推移而神圣化的限

---

① Cardoze, *The Nature of the Judicial Process*, p. 87; *cf*. Duguit, *Transformations Generales du Droit privé Depuis le Code Napoléon*, Continental Legal History Series, vol. xi, p. 74; M. R. Cohen, "Recent Philosophical Legal Literature," *The International Journal of Ethics*, July, 1916, p. 530; also the group of articles on "Property" in the Volume of the *Rational Basis of Legal Institutions* in the Modern Legal Philosophy Series, p. 167, *et seq*.

② Munn v. Illinois, 94 U. S. 113.

③ Stone, J., dissenting in the New York theatre brokers case, Tyson & Bro. v. Banton, 1927, 273 U. S. 418, 451.

④ *Supra*.

制。然而，在此期间，如果有海岸线的测量员测量的话，他将在笔记本上记录下许多变化。比如政府的价格管制涉及了有升降机的谷仓、海运和陆运、汽油和水、电报和电话甚至包括火险。[1]不仅如此，在此条件下属于严格私人范畴的事务，在彼时或新的情境中，也可能一夜之间变成准公共性质的事务。土地和房屋的所有人可能发现，只要情况足够紧急，为达致社会正义必需限制时，本可由其自由索价的租金就会受限制。[2] 在这些情况下，任何先前的合同都不能挡道，阻止国家权力促进公民的福利，保护他们不受贪婪的自由主义的侵犯。[3] 城市区划法则走得更远，尽管没有出现紧急情况，也对私人拥有的财产进行了管制。只要情况需要，联邦政府也愿意放松管制。迫于压力和情势紧张时，国会可能乐意自己来行使权力，固定州际运输线路的工程师及其他人员的工资。[4] 即使在相对平稳的时期，铁路公司也必须将其利润中超过规定最高百分比的部分交给政府。[5] 事实证明，财产如同自由一样，有些最令人珍惜的特权不是绝对的，而是相对的。岁月流转，我们不得不进一步地学会分辨，在所有权的概念中，什么是基本的，是宪法始终如一保护的，什么是非基本的或非主要的，是可以为了适应社会需求而改变的和分离的。

---

① Geman lliance Ins. Co. v. Kansas, 1914, 233 U. S. 389.

② Marcus Brown Holding Co. v. Feldman, 1921, 256 U. S. 170; Block v. Hirsch, 1921, 256 U. S. 135; Levy Leasing Co. v. Siegel, 1922, 258 U. S. 242; Peo. *ex rel.* Durham Realty Co. v. La Fetra, 1921, 230 N. Y. 429.

③ Levy Leasing Co. v. Siegel, *supra*; Union Dry Goods Co. v. Georgia Public Serv. Corp., 1919, 248 U. S. 372.

④ Wilson v. New, 1917, 243, U. S. 332.

⑤ Dayton Goose Creek Ry. Co. v. U. S., 1924, 263 U. S. 456.

当谈起法律、自由以及它们之间必要的妥协时，我们头脑中首先想到的通常是有关宪法豁免权的定义问题。然而，即便当某
333 个法律规则延伸到以往属于空白的领域时，从本质上讲，也同样会涉及这一问题。“A 是否应当因为某一行为的后果对 B 负责?”这一问题仅仅意味着：“当 A 的自由将伤害 B 时，为了保护 B 有不受伤害的自由，是否应当对 A 的自由进行限制?”为了解决这一问题，我们必须再次衡量一下其间涉及的社会利益。我们关注到确定性的社会利益。先例和类推的力量可能使我们拒绝那些本来也许会同意的扩展解释。如果这些指引沉默不语或者无法得出结论，我们将注意公正或便利带来的提示，从最重要的价值考虑乃至那些纯粹便利的考虑。“法律”，正如宾丁（Binding）所言，“即为人类自由的秩序（*Das Recht ist eine Ordnung Menschlicher Freiheit*）。”[①] 自由与限制、个体与群体的对立，是更广泛对立范畴的表现形式之一，一个与多个，静止与运动，它们是所有生命的核心。矛盾的二分法无处不在。

我们确认某个社会利益值得保护，所依据的标志之一就是人们自发地、持久地组成群体来保护它。[②] 这一标志当然不是绝对的。某些组织，自发形成，也足够持久——秘密的组织、隐秘的会议规则、革命的团体——其目标却是反社会的。即便如此，人们在朝着一个社会目标而相互联合的过程中，自发性与持久性仍是不可忽略的标志。工会的历史是一个最典型的例子。最初，法律将它们视为异类。它们的形成限制了贸易，是有害的，人们认

① *Cf*. Korkunov, *General Theory of Law*, p.16.

② *Cf*. MacIver, *The Modern State*, p.475.

为，即使它有些效果，从长期来看，也会既有害又无益，因为无情的经济"法则"将抵消胜利的果实，使之恢复到以前的水平。[①] 结果证明了这种预言的错误。联合和统一的要求如此持久、自发，任何障碍都不能遏制它。法院认识到这点，并遵从于它。[②] 立法机关也不时地向法院提供帮助。然而，即便缺乏帮助，许多地方的法院也达成了同样的结果。在一种持久而强烈的、类似于立法要求的社会压力下，不断出现和重新出现的这种集合形式，法院不再将其宣布为非法的和反社会的。工会是否应 334
被划为法人则是另外一个相当次要的问题。最关键的事情是它们是合法的。国家将约束它们，正如国家也约束个人，甚至政府的行政机关一样。[③] 国家不再否定或破坏它们。在自由与限制的斗争中，一种持久、激扬地鼓动人心的新自由，受到了法律保护。从灵魂的追求中，产生了这种法律权利。在对立面的相互斗争中，新的妥协带来了宁静。

我曾经引用斯特雷奇（Strachey）关于蒲柏的文章中的一句话。我冒昧地在此类似的场合下重复一遍。"对立，"他说道，"充满了整个结构，充满了他的整个工作观念，根本的对立，相互冲撞，也相互调和。"普通法判决方法的无名作者们也会这样说起他们的作品。对立充满着整个结构。这是司法过程的神秘之处，也是它的诱人之处。这些无休止的矛盾，用谜一般的挑战戏弄我们，又激励我们去追逐。法律，如同一般科学一样，当我们

① J. A. Hobson, *Free Thought in the Social Science*, pp.88, 89; Beard, *The Rise of American Civilization*, vol.2, pp.236, 237.

② 案例概要见 *16 Ruling Case Law*, 418.

③ Barker, *Political Thought from Spencer to Today*, p.179.

对它追本溯源时，它将带领我们深入山脊和矿脉那尚未被人发掘的存在、那面纱之后的真实。法学家一定不要因为他的探测锤没有达到目的地而绝望，为此，更多的哲学家已徒然地渡过了二千多个春秋，却仍在不断地探测。他应该向某些哲学家学习，调整自己的期望，在某种程度上，重新构造自己的哲学观念，并以此作为更真实地评估价值、更合理地规范生活的途径。[①] 实际上，他有希望通过学习和反思，最终发展出一些演算公式，比以前那些哲学家或律师们的设计更稳定。同时，在意外和规律交错的迷宫中，这些少许的妥协、调整以及稍纵即逝的权宜之计，这些竭尽所能将使他感到满足。它们中的不稳定因素有时也会困扰他。思想和知识的每一分支，在濒临终点的时候，都大量存在着不稳定，这种想法也许会让他感到振奋。“无论你调查知识的哪一个
335 领域，”我引用一个著名法官的话来讲，“在研究和判断的高层次中，你会发现即便精英的观点也迥然不同。”[②] 这种想法让人感到安慰。让我们感到更大安慰的想法是：在我们的阵营里还存在不为我们所见，却是最有力的同盟军，它们用一种不属于我们的力量助我们赢得战争。因为法律成长的过程首先是一个社会过程。个人的智识不如表面上那般孤然无依。型构行为和道德的压力，最终也将型构法律——通常针对的是法官立法，当偶有失败时，也会针对成文法。理想主义将有助于灵活性和独创性。缺乏这些因素，就会产生偏差和障碍。但是社会压力仍会坚定不移地发挥作用，最终寻觅到回应的思想。

① Dewey, *Experience and Nature*, pp.394, 396, 398, 403, 404, 408; Dewey, *Reconstruction in Philosophy*, pp.122, 124.

② Chas F. Hughes1924年10月17日在纽约州立大学第六十届集会上的演讲。

古希腊戏剧中的 Strepsiades 渴望摆脱负债。有人告诉他，以苏格拉底为首的诡辩学派有为善的逻辑也有为恶的逻辑，恶的逻辑，可以使不公正蒙上公正的面纱。他满怀期待地去了学校，希望能够完美地运用骗人逻辑。然而他又老又愚蠢，根本无法学会，他聪明的儿子取代他成为一名学生。儿子学得最好的课程仅仅是邪恶的逻辑。不久之后，儿子就证明给不幸的父亲看：攻击与抢劫父母是儿子的本分。该剧以 Strepsiades 的幡然悔悟告终。必须禁止邪恶的逻辑，善的逻辑才是通向幸福与和平之路。

我笃信阿里斯托芬的这一喜剧。然而，即便在今日的法庭上，这两个对抗的逻辑仍一如既往地争斗不休，喧嚣声中，幸福与和平的寻觅者困惑依旧。

索 引

A

Abrama *v*. U. S., 323

Academy of Political Science,政治学研究会,241

Acton, Lord, 阿克顿勋爵,317, 326

Adaptation of law, 法律的适用,259

Admiralty,海事,263

American Law Institute, 美国法学会,186-8,240,299

Anglo - American system, 英美体系,280, students,学者,306

Antithesis between rest and motion, 静止与运动的悖论,257

Aquinas,阿奎那,198

Aristophanes, 阿里斯托芬,335

Aristotle,亚里士多德,186, 224, 243; mean between extreme, 极端之间的中庸之道,198,199, 275, 284

Arizona, statute limiting injunction,亚利桑那州立法限制提供禁令,218

Austin,奥斯汀,208

Axiology, 参见"价值"

Azo's books, 亚瑟书, force in certainty, 确定性的力量, 192

B

Bacon, Sir Francis, 培根, human mind resembles mirrors, 人类的思想像镜子, 330

Beale, Prof. Of Harvard, conflicts of law restatement, 冲突法重述, 188

Beard, Charles, 比尔德, the great American tradition, 伟大的美国传统, 316; and Mary Beard, *Rise of American Civilization*, 与玛丽·比尔德的《美国文明的兴起》, 282

Beaten track, power of, 习惯的力量, 213

Bentham, 边沁, motives good or bad, depending on effects, 动机的好坏取决于效

果，271

Bergson，柏格森，225，226

Bigelow，Prof. of Chicago，and conflicts of law，冲突法，188

Big Tom，New Jersey，dynamite explosion case，新泽西大汤姆爆炸案，304

Binding，333

Birkenhead，Lord，伯肯赫德勋爵，301

Blackstone，布莱克斯通，common law and，与普通法，198，208，289

Body of rules and principles，一系列规则和原则，208

Bohlen，Prof.，188；master of law of torts，侵权法大师，298；restatement of contracts，and，与合同法重述，188

Borderland，a penumbra where methods blend，方法混合的边缘地带，222

Bougle's *Evolution of Values*，《价值发展》，282；polytelism，多重主义，285，society creator of ideals，理想的社会创造者，283

Bowman v. the Secular Society，265

Brandeis，Mr. Justice，布兰代斯法官，Muller v. Oregon brief，241；State of Washington v. Dawson，238，247

Bridges，my，are experiment，我的桥梁是试验性的，252

Bridlegoose，Judge，hero of Rablais satire and mechanical tests，拉伯雷讽刺作品中的英雄和机械检验，247

Bruno，Giordano，乔达罗·布鲁诺，317

Bryce，Lord，*American Commonwealth*，《美国精神》，246

Buchanan，Prof. of Pittsburgh，布坎南教授，188

Bury，Dr.，reason against authority，理性抗拒权威，318

Byzantine emperors，拜占庭皇帝们，300

C

Certainty，overemphasis of，对确定性的过分强调，193

Chancellor，withholds remedies，大法官拒绝提供救济，276

Chancery，大法官法庭，289

Chastleton 案，329

Cohen，科恩，266

Coke，Lord，奇克爵士，231

Common law，普通法，contracts under seal in，盖印的合同，295；restrain of wife in，制服妻子，261

Compromise，inevitable，不可避免的妥协，218

Conduct，行为，186，267；beliefs inconclusive，非结论性的信念，216；negligence is unreasonably dangerous，疏忽大意是不合理的危险，273；rule of，规则，207；value of interests furthered by，促进利益的价值，298

Conflict of laws，冲突法，294

Congress，议会，332

Constantine V，and Leo III，published Ecloga，出版 Ecloga，康斯坦丁五世，列奥三世，300

Constitution, emancipation of spirit，解放思想的宪法，316

Constitution law，guaranty of liberty，保障自由的宪法，327

Comparative，比较的，242

Contracts，合同，202，219，235；Big Tom case and，304

Controversies，争论，198

Copernicus，哥白尼，317

Corbin，Prof. of Yale，and restatement of contracts，合同法重述，188

Courts，法院，328，329；Admiralty，海事，263；England，英格兰，289，290；English，英国，219；English Law，英国法，289，290；Scholars* translate Roman Ecloga into English，学者翻译出版了名为 Ecloga 的罗马法汇编，300；Courts of Equity，衡平法院，227；German，practice to send documents to law faculty for consultation and decision，德国法院将案件的材料递交给颇具声望的大学法律系教授，190；New York Court of Appeals，纽约州上诉法院，217，235，264；summons to，要求，282；rulings of，判决，322；United States Supreme court，美国最高法院，217，308，325，329

D

Demogue，254，255

Dewey，John，杜威，belief，stuff of，信念的素材，330；morals，says of problems of，谈及道德问题，215；philosophy，operative and practical，操作性和实践性的哲学，243；*Public and Its Problems*，《公众及相关问题》，281；Sociological Jurisprudence，社会法学，223

Dichotomy，矛盾的二分法，333

Dickinson，287；view of public policy，公共政策的观念，288

District of Columbia，statute limiting rents，哥伦比亚特区限制公寓租金的法案，329

Duguit，狄冀，206，228

Durkheim，values are objective because imperative，杜克海姆：价值由于是强制的，故是客观的，283

E

Ecloga，manual of Roman law，罗马法汇编，300

Edgerton，Prof.，distinction between subjective and objective negligence，区分了主观疏忽大意与客观疏忽大意，273，305

Einstein, Albert, theory and relativity of motion, 爱因斯坦理论与运动的相对性, 258

Eleatics, mystery of change and motion, 埃里亚人, 变化与运动的秘密, 249

Emancipator, tyranny breeds rebellion, rebellion an, 专制孕育反抗, 乱世出英雄, 287

End frustrated, unless forward goal, 盯住目标, 才能达到目的地, 218

England, 英格兰, wage boards, 工资委员会, 324; Metaphysical spirit, 形而上学本质, 290; historical tradition its unity, 体现为历史传统的一致性, 306; Indian tradition in English Courts, 英格兰法庭的印度传统, 308

Epstein *v*. Gluckin 案, 203

Equinoxes, Uniformity of law more than, 昼夜更替比法律更有规律性, 201

Equity, 衡平, 参见"法庭", 275

Ethics, 道德, 参见"价值", 260, 271, 272

Europe, Continental, 欧洲大陆, 199

Expression principle of order, 秩序规则的表达, 248

F

Federal Trade Commission, 联邦贸易委员会, 242

Figgis, Dr., right of every man to be his best, 每个人追求最佳状态的权利, 317

Forward into light, 走向光明, 212

Framework of social machine, 社会机器的框架, 241

Frankfurter, 弗兰克福特, 246

French Code Civil, 法国民法典, 267

Fry, 弗赖伊, 191

Furies, 复仇女神, 197

G

Galileo, 伽里略, 317

Gamaliel, 迦玛列, 319

Geny, Francois, *Science and Technique of Law*,《法律的科学与技术》, 225, 226, 266

German, 德国, 290

German Civil Code, 德国民法典, 267

Gest, Judge of Children's Court, Philadelphia, 费城孤儿法院法官, 247

Giddings, Public and popular opinion, 公众的观点与大众的观点, 281

Goal, 目标, forward look, 盯住, 218; for which philosophers casting plummets, 哲学家不断探测, 334;

Goodrich, Prof. of Michigan, 古德里奇教授, 188

Greece, 希腊, 243, Jurisprudence, 法理学, 275; parts of Institutes, *Digests*, Code

and Novels of Justinian Rendered into Greek, 将《法学阶梯》、《学说汇纂》、《法典》、《新律》译成希腊文, 300

Grose, Judge, 克罗斯法官, 264

Growth of law,《法律的成长》, 185 – 250

Guide to conduct, law is, 法律是行为指南, 186

H

Haldane, Lord, *Reign of Relativity*,《相对性的统治》, 303, 304

Hale, Sir Matthew, 马修·霍尔爵士, 272

Halle, 190

Halsbury, Earl of, 海尔斯伯里爵士, 290, 301

Hebrew Doctrines of national tradition and higher law, 希伯来民族传统的教义与高级法的教义, 326

Hegel, 黑格尔, 287

Hepburn, Dean of Indiana Law School, 印第安纳大学法学院院长, 188

History, 历史, 232, 294, 316; patterns of, 模式, 219; trade – unions, 工会, 333

Hobhouse, 霍布豪斯, distinction between social and unsocial freedom, 社会自由与非社会自由的区别, 325; *Liberalism*,《自由主义》, 323, 325; *Morals in Evolution*,《进化的道德》, 260, 277; no liberty without restraint, 没有约束的自由, 310; 318; standards product between action and interaction, 标准是相互作用的产物, 274; *Social Evolution and Political Theory*,《社会进化与政治理论》, 307; value of liberty to build life of mind, control in securing external conditions, 自由的价值在于增进人类思想的活力, 国家控制的价值在于保障外部环境, 319, 322

Hobson, J. A., 霍布逊, 330

Holdsworth, 豪德沃斯, 262, 265, 289, 309

Holland, 202

Holmes, Mr. Justice, 霍姆斯法官, 228, 237; *Collected Papers*,《论文集》, 205

Holt, Lord Chief Justice, 大法官胡尔特, 263, 264

Hynes *v*. The New York Central Railroad Co. 案, 230

I

India, 印度, 308

Individual, 个体, atom of social structure, 社会结构中的原子, 305; must subscribe his will, 必须在遗嘱上签字, 295; individual recreated by group, 群体重塑了个体, 306; bills of rights give assurance to, 权利法案给予保障, 311

Ingredients to be blended, preserved by infusion, 成分混合在一起保存, 224

Inn that gives shelter for night not journey's end，过夜的小旅馆绝非行程的目的地，193
Inspiration of a principle，某个原则的启发，310
Isolated judgements，孤立的判决，201
Ives v. The South Buffalo Railway Co. 案，217

J

James, William, steps forgotten upon conclusion，威廉姆·詹姆斯，忘了达成结论的步骤，287
Jefferson，杰弗逊，and great American tradition，与伟大的美国传统，316；hostility to tyranny，抗拒专制，316
Jellinek，law is minimum ethics，法律是最低的道德，277
Judicial Committee of Privy Council，枢密院司法委员会，308
Judicial Process，司法过程，197，211，214；difficulties of，困境，244，245，247；nature of，性质，249；one of conservation，保守的司法过程，255，283，288
Jurisprudence；法理学，analysis of governing forces，对指导力量的分析，214；cause and，与因果关系，228；definition，定义，196；functions and scope of，功能与范围，230，236，239，243；ethics and，与道德，260；feuds，has her，世仇，198；Hegelian，黑格尔式的，287；Induction and，与归纳法，256；judicial process and，与司法过程，197；methods of judging and 与判决方法，233；natural law and，与自然法，200；need for，需要，195；sociology and，与社会学，223，309；statutes and，与法案，217
Just law，公正之法，267－71
Justice，正义，definition，定义，273；different minds，different times，不同思想，不同时间，224；domain of，正义的范畴，278；freeing victim，获得自由，266；legal，法律的，280；makes charity duty，将慈善作为一种义务，275－276；meaning，涵义，271；not taken by storm，狂风骤雨中实现，245；precedent and，与先例，268；quality of，正义的性质，272；shaping pathways，形成过程，271；Shylock，appeal to，寻求正义的夏洛克，276；weighs shifted，力量的加强，268；Wizard，神奇的，266
Justinian，Institutes，Digests，Code and Novels into Greek，将查士丁尼之《法学阶梯》、《学说汇纂》、《法典》、《新律》译成希腊文，300

K

Kant，康德，morality concerned with purity of will，道德仅涉及纯粹的意志，271；freely developed acting personality，自由塑造

个性，275

Keats, learning, springboard，济慈，学识，跳板，286

Kent，肯特，190

Klein *v*. Maravelas 案，203

L

Laski, *Grammar of Politics*，拉斯基，《政治学原理》，306，319

Law reviews, importance of，法律评论的重要性，190－191

Legislature，立法机关，239，265，312，324，327

Leibnitz，莱布尼茨，301

Leo III, and Constantine V, Published Ecloga，出版了名为 Ecloga 的罗马法汇编，300

Levy-Bruhl, pragmatic among the Fench，法国的实际，274

Lewis, Dr. of Pennsylvania，刘易斯博士，191

Like the traveler，像一个旅行者，193

Lincoln, and slavery, world of compensation，林肯与奴隶制，均衡的世界，309

Lippman, public not fixed body of individuals，公众不是一个固定的个人集合体，281

Llewellyn, Karl N., address before Academy of Political Science，政治学研究会上的演讲，241

Locke，洛克，law, direction of the free，指导自由之人的法律，309－11

Logic，逻辑，202；remorseless，不通人情的，215，220；deductive，推论，256；294

M

McLaughlin, Chester B., Jr.，小切斯特·B·迈克劳克林，258

MacPherson *v*. Buick Manufacturing Co. 案，203

Malthus，187

Manchester School，曼彻斯特学派，323

Mansfield, Lord，曼斯菲尔德勋爵，241

Marlborough, Duchess of，马尔巴勒公爵，195

Mechem, Prof.，米切姆，188

Metaphysics，形而上学，216，243

Mill，密尔，*Utilitarianism*，《功利主义》，277，278；*Liberty*，《论自由》，320，322

Milton，弥尔顿，classic vindication of freedom，对自由的经典辩护，317；plea for liberty，为自由大声疾呼，318

More than isolated judgments, law is，法律不仅是孤立的判决，201

Moore, George E., neo-realist，乔治·莫尔，新现实主义，271

Muller *v*. Oregon 案，241

N

Nature of the Judicial Process，《司法过程的

性质》，184，213

Neo-realism, George Moore and，新现实主义与乔治·莫尔，271

New with new outlook，新前景，262

New York，纽约，203，219，237，259

New York v. Gitlow，323

New York Law Journal，《纽约法学杂志》，244

New York Theatre Ticket Brokers case，纽约戏票经纪人一案，332

No constancy in law，法律不可能经久不变，257

Nuisance, law of，防止危害公共利益法，287

O

Oliphant, of Columbia，奥利芬特，188

Oppenheim *v*. Kridel 案，231

Order, law promotes，法律促进的秩序，295；legal, symmetry of，法律秩序的匀称性，288；spiritual，精神的，319

P

Page, Prof. of Wisconsin，佩奇，188

Paradoxes of Legal Science，《法律科学的悖论》，251－337

Pasley *v*. Freeman 案，264

Penumbra，边缘，222

People *v*. Schweinler Press 案，203

Perplexity of judge, scholar's opportunity，法官的迷茫，学者的良机，188

Perry, *General Theory of Value*，《价值的一般理论》，282

Philosophy of law，参见"法理学"

Platonist，柏拉图主义，198

Pollock, Sir Frederick，波洛克，248，257

Pomeroy，波默罗伊，191

Portia made known jural norm，波西亚使人理解的法律规范，276

Pound, Roscoe，罗斯科·庞德，211，222，243，256，257，265，284，bewails ambiguity of law terms，悲叹法律术语的模棱两可性，199；*Introduction to Philosophy of Law*，《法律哲学导论》，186，196，230；*Mechanical Jurisprudence*，《机械法理学》，215

Pragmatism, definition，实用主义的定义，242

Precedents，先例，296，departure from，偏离，237；principle and，与原则，216；stability and，与稳定，260

Process of law，法律程序，328

Process of becoming law，法律的形成过程，265

Profound study of law，深奥的法律研究，212

Psychology，心理学，316，330

Public，公共的，219

Q

Quality of law，法律的性质，201

R

Reconciliation of irreconcilable，矛盾的协调，254

Relativity，相对性，302；of causation，因果关系，303；validity to doctrines，赋予学说有效性，305

Rest and motion，静止与运动，254，257

Restatement，重述，186，188－189，193，299

Right of every man to be his best，每个人追求最佳状态的权利，317

Rigidity，刻板教条，193

Robinson，James Harvey，*Mind in the Making*，《发展中的精神》，236

Roman law，罗马法，207

Root，罗特，189

Russell，Bertrand，*Mathematics and Metaphysics*，贝特朗·罗素《数学与哲学》，301

Russia，俄罗斯，318

S

Safety，安全，212

Salmond，萨蒙德，205

Santayana，in selecting government and wife，选择政府和妻子，248

Science，科学；disagreement，in early stages，早期阶段中的不同意见，282；imperfect in early stages，早期阶段的不完善，256；legislation，立法，257；of prediction，预期，205；modern，revolutionizes ideas，现代革新观念，253；social，社会，241，325，330

Seal，controlling factor，作为决定性因素的印章，296；omission of，忽略，296

Security，安全，254

Seligman，Dr.，瑟林格曼博士，307

Shaw，Lord，肖勋爵，303

Shylock appealed to justice，寻求正义的夏洛克，276

Slavery；Lincoln and，林肯与奴隶制，309

Smith，Adam，亚当·斯密，272

Smith，Young B.，188

Social，社会；interests，利益，227，287；life，生活，317，333

Sociology，社会学，223，237，318

Socrates，苏格拉底，335

Solution not found by acting，找不到解决方案的行为，197

Sophists，诡辩学派，335

Space，law in，法律的空间，294

Spain，西班牙，318

Spencer, 斯宾塞, 271; famous definition, 著名的定义, 299; formula of justice, 正义公式, 275

Spinoza, *Tractatus Theologico-Politicus*, 斯宾诺莎《神学政治论》, 318

Stare decisis, 参见"先例"

Stammler, 224, 226, 267, 321; analysis of justice, 分析正义, 275; discusses German Civil Code, 讨论德国民法典, 279; doctrine of natural law with changing content, 内容有所改变的自然法教义, 327; exposition and analysis, 说明与分析, 273; *Theory of Justice*,《正义论》, 271

Stephen's *Digest of the Law of Evidence*, 斯蒂芬《证据法摘要》, 188; *History of the Criminal Law*,《刑法的历史》, 322

Stone, Dean of Columbia, 哥伦比亚大学主任斯通, 223

Story, 斯托里, 190

Strachey, Lytton, Essay on Pope, 利顿·斯特雷奇论述蒲柏的文章, 254, 334

Strangeborough *v*. Warner 案, 202

Stream of principle not lost, 不会迷失的原则溪流, 321

Strepsiades, Greek play, 希腊戏剧, 335

Sumner's *Folkways*, 萨姆纳《社会习俗》, 260, 265

Sunderland, Prof., 森德兰教授 222

T

Tocqueville, 托克维尔, 324

Thomas v. Winchester, 219

Thurston, Prof., 188

Treasure box does not spring open, 不会打开的百宝箱, 232

Twofold need of law, 法律的双重需要, 186

U

Ulpian, 乌尔比安, 248

Universe, divided between static and dynamic, 充满静态与动态对立的宇宙, 254

Urban, *Valuation, Its Nature and Laws*,《价值、价值性质及其规律》, 282

United Workers of America *v*. Coronado Coal Co. 案, 308

V

Vaihinger, Hans, *Philosophy of "As if"*,《似是而非的哲学》, 272

Values, 参见"道德", axiology, 价值论, 227, 236, 282, 284, 285; health, comfort, decency and order, 健康、舒适、庄重和有序, 329; imperative, collective, 集体性的, 强制性的, 283; moral, 道德的, 273; science of, 科学, 271

Victory calls for adaption and discernment, 胜利需要适应与洞察, 249

Vinogradoff, *Custom and Right*,《习俗和权利》, 280
Voltaire, 伏尔泰, 195, 323

W

Wallas, Graham, 225, 240; analysis of the art of thought, 对思想技巧的分析, 286
Washington, State of v. Dawson & Co., 247
Web, tangled and obscure, 盘根错节、混乱不清之网, 223
Whitehead, Alfred N.: 怀特海德, change and conservation, 变革与保守, 255; science and philosophy, 科学与哲学, 253
Wigmore, 190; *Evidence*,《证据法》, 191
Wilde, Norman, *Ethical Basis of the Modern State*.《现代国家的道德基础》, 327
Williston, 韦利斯顿, 188–192
Windelband, *Introduction to Philosophy*,《哲学导言》, 196, 331
Word, search for, 对词句的寻求, 225
Workmen's Compensation Act,《工人赔偿法案》, 217
Worker in law, 法律工作者, 230

Y

Yeats. 叶芝, 330